



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

BAND 2

ANNE RÖTHEL, KARSTEN SCHMIDT (HRSG.)

KONFLIKTVERMEIDUNG IN FAMILIENUNTERNEHMEN



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

Herausgegeben von den Direktoren des
Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen
der Bucerius Law School

Professor Dr. Anne Röthel
Professor Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Band 2

Konfliktvermeidung in Familienunternehmen

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Herausgeber:

Prof. Dr. Anne Röthel, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

1. Auflage 2014

Herstellung und Auslieferung:

trdition GmbH, Grindelallee 188, 20144 Hamburg

ISBN: 978-3-86381-035-1

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

DIE BUCERIUS
LAW SCHOOL IST EINE
GRÜNDUNG DER



Geleitwort

Nach der Gründung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School im Sommer 2012 hat – nach dem Gründungssymposium am 16. November 2012 – am 25. Oktober 2013 die zweite Jahrestagung des Zentrums stattgefunden. Mit dem Thema „Konfliktvermeidung in Familienunternehmen“ wurde eine Aufgabenstellung in den Mittelpunkt gerückt, der die Träger des Zentrums – die Bucerius Law School, die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. und die Hamburgische Notarkammer – besonders verpflichtet sind. Und wie schon bei der letzten Jahrestagung zu dem Thema „Die Verträge der Familienunternehmer“ (Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen, Band 1) hat sich die Verbindung von Wissenschaft und Praxis als besonders fruchtbar erwiesen.

Auch die zweite Jahrestagung am 25. Oktober 2013 war ein großer Erfolg: Anregende Vorträge und lebhafte Diskussionen mit zahlreichen renommierten Teilnehmern aus Wissenschaft und Praxis haben die Veranstaltung geprägt. Das Anliegen des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen, die verschiedenen Disziplinen, die für Familienunternehmen von Bedeutung sind, zu Wort kommen zu lassen und so zu einer übergreifenden Betrachtung zu gelangen, wurde wiederum gewinnbringend umgesetzt.

Besonderer Dank gilt den Direktoren des Zentrums, die durch ihr Engagement maßgebend zu seinem erfolgreichen Start beigetragen haben, ferner dem Wissenschaftlichen Beirat des Zentrums, der inner- und außerhalb seiner turnusmäßigen Zusammenkünfte wertvolle Denkanstöße für die Veranstaltungen und das sonstige Wirken des Zentrums gibt, und – nicht zuletzt – dem geschäftsführenden Wissenschaftlichen Assistenten für die hervorragende Organisation und Betreuung.

Nach dem gelungenen Start des Zentrums sind wir sehr zuversichtlich, dass es künftig einen festen Platz am Rechtsstandort Hamburg einnehmen wird, und freuen uns auf das dritte Symposium des Zentrums, das am 31.

Oktober 2014 zu dem Thema „Familienunternehmen im Wandel“ stattfinden wird.

Notar Dr. Malte Ivo

Kuratorium des Notarrechtlichen
Zentrums Familienunternehmen

Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Notar
a.D.

Vorsitzender der Deutschen
Notarrechtlichen Vereinigung e.V.

Vorwort

Im Sommer 2012 wurde an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen eingerichtet. Seine Gründung ist einer gemeinsamen Initiative der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V., der Hamburgischen Notarkammer sowie der Bucerius Law School zu verdanken. Weitere Unterstützung erfährt das Zentrum durch die Johanna und Fritz Buch-Gedächtnisstiftung, Hamburg.

Das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen versteht sich als ein Ort der Diskussion und der Begegnung. Es hat sich zum Ziel gesetzt, die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Familienunternehmen wirken, systematisch sichtbar zu machen und weiterzuentwickeln. Zum Selbstverständnis des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen gehört es, diese Fragen grundlagenorientiert und mit Blick auf die Bedeutsamkeit auch der juristischen Nachbarwissenschaften zu erschließen.

Erfolg und Gelingen von Familienunternehmen hängen von vielen Faktoren ab. Aus rechtlicher und insbesondere aus gestaltender Perspektive gehört dazu insbesondere die „Konfliktvorsorge“. Mit dem Generalthema „Konfliktvermeidung in Familienunternehmen“ wurden auf der Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen 2013 typische Konflikte in Familienunternehmen in den Blick genommen und gefragt, wie sie sich durch vorausschauende Gestaltung vermeiden lassen. Dieser Band dokumentiert die auf der Tagung gehaltenen Vorträge.

Ein wertvoller Impuls zum Auftakt der Tagung kann in diesem Band seiner Natur gemäß leider nicht abgebildet werden: In einem von *Axel Pfeifer* moderierten Podiumsgespräch lieferte *Henner Buhck*, Geschäftsführer und Inhaber eines Hamburger Familienunternehmens in vierter Generation, gleichsam aus erster Hand gedankliche Anregungen zum Generalthema. Für dieses besondere Tagungserlebnis sei ihm an dieser Stelle nochmals gedankt.

Wir danken außerdem den Referenten der Tagung: *Manfred Wenckstern* stellt die hergebrachte Gestaltung von „Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen“ infrage und entwickelt aus seiner Analyse der Gemengelage von Familien- und Gesellschaftsrecht die Alternative einer sogenannten milden Güterstandsklausel. *Martin Erker* erörtert unter Rückgriff auf reiche Erfahrungen mit Beiräten deren Nützlichkeit als Konfliktvermeidungs- und Konfliktlösungsinstanz in Familienunternehmen. *Dirk Verse* schließlich zeigt Wege auf, wie durch vorausschauende Satzungsgestaltung den Interessen von Minderheitsgesellschaftern in Familienunternehmen zum Zwecke der Konfliktvermeidung Rechnung getragen werden kann und sollte.

Nicht zuletzt gilt unser Dank den Initiatoren des Zentrums sowie den aus ganz Deutschland angereisten Teilnehmern, die mit sachkundigen und lebhaften Beiträgen in den Diskussionsrunden zum Gelingen der Tagung beigetragen haben.

Hamburg, im Februar 2014

Prof. Dr. Anne Röthel

Direktorin des Notarrechtlichen
Zentrums Familienunternehmen

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten
Schmidt

Direktor des Notarrechtlichen
Zentrums Familienunternehmen

Inhalt

Geleitwort

Vorwort

Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen

MANFRED WENCKSTERN

Beiräte: Der institutionalisierte Einfluss Dritter

MARTIN ERKER

Konfliktvermeidender Minderheitenschutz durch Satzungsgestaltung

DIRK A. VERSE

Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen

MANFRED WENCKSTERN*

I. Einleitung

Schaut man in Beratungshandbücher für Unternehmer oder Kundeninformationsrundschriften von Anwaltskanzleien, liest man, dass Unternehmern – auch Freiberuflern – unabhängig von der Rechtsform, in der sie ihr Unternehmen betreiben, dringend der Abschluss eines Ehevertrages empfohlen wird, um das Unternehmen beziehungsweise die gesellschaftsrechtliche Beteiligung am Unternehmen beziehungsweise die freiberufliche Praxis von eventuellen Scheidungsstreitigkeiten abzusichern.

Und den Unternehmen, insbesondere den Familienunternehmen und ihren Gesellschaftern, wird ergänzend dazu empfohlen, in den Gesellschaftsvertrag des Unternehmens eine sogenannte Güterstandsklausel aufzunehmen. Mit ihr sollen alle Gesellschafter verpflichtet werden, mit ihrem jeweiligen Ehepartner (oder eingetragenen Lebenspartner¹) zur Abschirmung der unternehmerischen Beteiligung von Scheidungsstreitigkeiten einen Ehevertrag mit einem vorgegebenen Mindestinhalt abzuschließen.

Diese Schnittstelle zwischen Familienrecht und Gesellschaftsrecht soll nachfolgend näher untersucht werden.

Der erste Teil dient einem knappen Überblick über die gängigen ehегüterrechtlichen Regelungen für Unternehmer und die dahinter stehenden Interessenabwägungen und Wertungen.

Im zweiten Teil soll erörtert werden, welches Interesse die Unternehmen als solche an abschirmenden Eheverträgen ihrer Gesellschafter haben.

Der dritte Teil ist der Frage gewidmet, welches Interesse die Mitgesellschafter – insbesondere der Senioresgesellschafter daran haben, dass jeder von ihnen einen abschirmenden Ehevertrag schließt.

Damit sind dann die Grundlagen erarbeitet, um im vierten Teil den konkreten Inhalt der bisher üblichen Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

Nur knapp soll in einem Exkurs auf die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft eingegangen werden, wenn dieser eine Güterstandsklausel enthält.

Den letzten Teil bildet ein Resümee mit einem Vorschlag für eine milde Güterstandsklausel.

II. Übersicht über gängige ehgüterrechtliche Regelungen

1. Gütertrennung, Abgrenzung zur Zugewinnngemeinschaft

Vor mehr als 30 Jahren wurde Unternehmern üblicherweise empfohlen, mit ihrem Ehepartner die Gütertrennung zu vereinbaren. Das ließ sich im Ehevertrag kurz und knapp regeln und bedeutete in Abgrenzung zur Zugewinnngemeinschaft im Wesentlichen Folgendes:

a) Freie Verfügungsbefugnis

Bei der Gütertrennung kann jeder Ehepartner über sein Vermögen² frei verfügen. Der Unternehmer braucht also in der Ehekrise seinen Ehepartner nicht um Zustimmung zu bitten, wenn grundlegende Entscheidungen, zum Beispiel die Veräußerung oder die Verschmelzung seines Unternehmens anstehen. § 1365 BGB, der bei der Zugewinnngemeinschaft einen Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Ehepartners regelt, findet bei der Gütertrennung keine Anwendung³.

Das Thema ist wichtig, man sollte es aber auch nicht überschätzen, denn die Zustimmung kann notfalls durch das Familiengericht ersetzt werden, § 1365 Abs. 2 BGB.

b) Kein Zugewinnausgleich bei Scheidung

Im Falle der Scheidung findet bei der Gütertrennung kein Zugewinnausgleich statt. Jeder Ehepartner behält das Vermögen, das er

hat. Man geht schlicht auseinander.

Bei der Zugewinnngemeinschaft müsste demgegenüber für jeden Ehegatten zunächst das sogenannte Anfangsvermögen ermittelt werden (§ 1374 BGB), also das Vermögen zu Beginn der Ehe zuzüglich etwaiger Erbschaften und Übertragungen in vorweggenommener Erbfolge, Schenkungen und Ausstattung, denn all diese Zuwendungen werden dem Anfangsvermögen hinzugerechnet.

Dazu müsste der Verkehrswert des Unternehmens – oder der unternehmerischen Beteiligung – das erste Mal, nämlich auf den Zeitpunkt der Eheschließung beziehungsweise des späteren Erwerbs durch Erbschaft oder Schenkung⁴, ermittelt werden, § 1376 Abs. 1 BGB.

Sodann müsste bei der Zugewinnngemeinschaft für jeden Ehegatten das Endvermögen, also das Vermögen bei Beendigung des Güterstandes, ermittelt werden, § 1375 BGB. Dazu müsste das Unternehmen das zweite Mal bewertet werden, § 1376 Abs. 2 BGB.

Der Zugewinn ist dann der Betrag, um den das Endvermögen das Anfangsvermögen übersteigt, § 1373 BGB.

Die Berechnung ist für beide Ehegatten durchzuführen.

Und derjenige Ehegatte, der nach diesen Berechnungen den höheren Zugewinn erzielt hat, müsste die Hälfte dessen, was er mehr erzielt hat, also die Hälfte seines Überschusses, an den anderen Ehepartner als Zugewinnausgleich grundsätzlich in bar⁵ auszahlen, § 1378 BGB. Das ist die im Ansatz gerechte Teilhabe an der gemeinsamen Wertschöpfung.

In Härtefällen kann die Ausgleichsforderung allerdings vom Familiengericht gestundet werden, § 1382 BGB.

Es dürfte klar sein, dass ein Unternehmer im Rahmen einer Scheidung typischerweise kein Interesse daran hat, sein Unternehmen – bzw. seine Beteiligung – dieser doppelten Bewertungsprozedur zu unterziehen⁶.

Zum einen könnten dabei Betriebsinterna publik werden. Zum anderen sind Fragen der Unternehmensbewertung sehr streitträchtig.

Und schließlich kann eine hohe Zugewinnausgleichsforderung des Ehepartners, die auf einer erheblichen Wertsteigerung des Unternehmens beruht, zu einem Liquiditätsbedarf führen, der das Unternehmen selbst in

Schwierigkeiten bringen kann, wenn der Gesellschafter die Liquidität aus dem Unternehmen ziehen muss.

Die Gütertrennung vermeidet alle diese Probleme – wenn auch auf eine sehr pauschale und für den Ehepartner sehr harte, wenn nicht sogar zu harte Weise.

c) Kein Zugewinnausgleich im Todesfall

Im Todesfall findet bei Gütertrennung ebenfalls kein Zugewinnausgleich statt. Der Ehepartner des Unternehmers erbt, wenn dieser sträflicherweise keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen hat⁷, also wenn die subsidiäre gesetzliche Erbfolge zur Anwendung kommen sollte, je nach Konstellation, neben wem der Ehepartner erbberechtigt ist, tendenziell weniger. Das ist regelmäßig nicht gewollt.

Auch der Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehepartners ist bei Gütertrennung in diesen Fällen niedriger als bei der Zugewinnngemeinschaft, was meist ebenfalls nicht gewollt ist. Die Einzelheiten sollen an dieser Stelle nicht vertieft werden⁸.

Die Gütertrennung wirkt sich für den überlebenden Ehegatten auch erbschaftsteuerlich negativ aus: Bei der Zugewinnngemeinschaft wäre der Betrag des tatsächlichen Zugewinnausgleichsanspruchs des überlebenden Ehepartners nach § 5 ErbStG in unbegrenzter Höhe erbschaftsteuerfrei⁹. Bei der Gütertrennung gibt es keinen solchen Freibetrag.

Schon bei der Eheschließung sollte sich daher jeder Unternehmer überlegen, wer sein wesentliches Vermögen, insbesondere sein Unternehmen, eines Tages erben soll, und dies bei der Wahl seines Güterstandes berücksichtigen. Dabei ist der rechtzeitige Blick in die Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrages natürlich ebenfalls wichtig.

Wer soll sein Haupterbe werden?

Sein Ehepartner? Dies kommt insbesondere bei jüngeren Unternehmern und solchen im mittleren Alter in Betracht. Dann ist die Gütertrennung fehl am Platze.

Bei Kinderlosigkeit: Seine Geschwister oder andere Verwandte, die unter Umständen bereits Mitgesellschafter sind? Dies kommt bei klassischen

Familiengesellschaften, die es schon seit mehreren Generationen gibt, in Betracht, und eine Gütertrennung ist dann möglicherweise sinnvoll.

Vielleicht auch: sein langjähriger Prokurist oder Mitgeschäftsführer? Auch dann kann die Gütertrennung sinnvoll sein.

Oder seine volljährigen Kinder unter anderweitiger Absicherung des Ehepartners? Da wird es einzelfallabhängig.

Wenn – wie meist – der Ehepartner einen wesentlichen Teil des Vermögens des Unternehmers von Todes wegen erhalten soll – mag auch das Unternehmen selbst nicht dazu zählen –, empfiehlt es sich allein schon wegen des erbschaftsteuerlichen Nachteils nicht, die Gütertrennung zu wählen¹⁰.

2. Modifizierungen der Zugewinnngemeinschaft

a) Vorbemerkungen

Die Ehevertragsfreiheit¹¹ erlaubt nicht nur anstelle des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft die Wahl der Gütertrennung oder der hier nicht interessierenden Gütergemeinschaft. Sie erlaubt es auch, die Zugewinnngemeinschaft zu modifizieren. Davon wird in der Praxis bei Eheverträgen für Unternehmer sehr viel und kreativ Gebrauch gemacht. Die Formularbücher widmen sich dieses Themas in großer Breite¹².

Dabei geht es allerdings nicht nur um Modifizierungen des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft, sondern in einer wirtschaftlichen Gesamtschau auch um vermögensrechtliche Kompensationsregelungen (zum Beispiel die Übertragung der selbst genutzten Wohnimmobilie) und um Regelungen zu den Themenkomplexen „Versorgungsausgleich“, also Ausgleich von Rentenanwartschaften, und „nachehelicher Unterhalt“, wobei hier seit der Unterhaltsreform im Jahre 2008 zunehmend unterhaltsverstärkende Vereinbarungen¹³ in den Blick geraten.

Denn wenn der Unternehmer von seinem Ehepartner im Hinblick auf den Güterstand im Ehevertrag Zugeständnisse verlangt, sind oftmals kompensatorische Regelungen in anderen Bereichen sachlich geboten. Insbesondere beim Versorgungsausgleich ist nicht selten ein Verzicht des Unternehmers angezeigt, nämlich dann, wenn er statt über

Versorgungsanwartschaften über Kapitalbildungsmaßnahmen für sein Alter vorsorgt und wenn sein Ehepartner in einem Anstellungsverhältnis Rentenanwartschaften erwirbt.

Diese bei Eheverträgen für Unternehmer notwendigerweise zu bedenkenden und zu regelnden Ausgleichsaspekte sollen hier nicht weiter vertieft werden. Der Fokus soll auf die Modifizierungen der Zugewinnngemeinschaft und dies auch nur insoweit, als sie für Unternehmerehen typisch sind, gerichtet werden.

b) Ausschluss von § 1365 BGB

Im Ehevertrag eines Unternehmers wird regelmäßig die Anwendbarkeit von § 1365 BGB pauschal – oder auch nur für den Unternehmer – ausgeschlossen, so dass jedenfalls der Unternehmer berechtigt ist, auch ohne Zustimmung seines Ehepartners über sein Vermögen im Ganzen und damit insbesondere über seine unternehmerische Beteiligung zu verfügen.

c) Zugewinnausgleich im Scheidungsfalle

Beim Zugewinnausgleich im Scheidungsfall sind mehrere Varianten üblich:

aa) Pauschaler Verzicht auf Zugewinnausgleich in allen anderen Fällen als dem Tod, insbesondere im Falle der Scheidung

Recht beliebt ist es in der Praxis, dass die Eheleute pauschal in allen anderen Fällen als dem Tod eines Ehepartners, insbesondere also im Falle der Scheidung der Ehe¹⁴, komplett auf die Durchführung des Zugewinnausgleichs verzichten. Im Scheidungsfall gilt damit faktisch Gütertrennung, und nur im Todesfall findet ein Zugewinnausgleich statt. Dieser pauschale und komplette Verzicht auf Zugewinnausgleich betrifft freilich nicht nur die Wertsteigerungen im unternehmerisch gebundenen Vermögen, sondern auch den Zugewinn im privaten Vermögen. Eine solche Regelung geht daher über den Bedarf des Unternehmens hinaus, mag aber aus anderen Gründen gerechtfertigt sein und ist insbesondere eine einfache Lösung.

bb) Gegenständliche Herausnahme des unternehmerischen Vermögens aus dem
Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung

Passgenauer als der pauschale und komplette Verzicht auf Zugewinnausgleich im Scheidungsfall ist es, wenn nur das unternehmerisch gebundene Vermögen¹⁵ gegenständlich aus der Berechnung des Zugewinnausgleichs herausgenommen wird¹⁶. Dies ist rechtstechnisch auf verschiedene Weise möglich, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden soll¹⁷.

Es entstehen stets zwei Vermögensmassen: zum einen das zugewinnausgleichspflichtige Privatvermögen des Unternehmers und zum anderen sein nicht ausgleichspflichtiges unternehmerisch gebundenes Vermögen. Zwischen diesen beiden Vermögensmassen kann es sachlich gerechtfertigte, aber auch manipulative Vermögensverschiebungen geben, gegen die – so gut es geht – Vorsorge zu treffen ist¹⁸.

In allen Fällen der gegenständlichen Herausnahme des Unternehmens aus der Zugewinnausgleichsberechnung bedarf es außerdem zahlreicher ergänzender Regelungen:

- zu den unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten,
- zur Frage, wie Reinvestitionen von Erträgen behandelt werden,
- zur Frage, wie mit Ersatzgegenständen, sogenannten Surrogaten, verfahren werden soll, und
- zur Frage, wie Verwendungen, nämlich einerseits aus dem nichtprivilegierten Vermögen des Unternehmers und andererseits aus dem Vermögen seines Ehepartners, zu behandeln sind.

Schließlich ist der Fall zu bedenken, dass der Ehegatte, der nicht Unternehmer ist, nur deshalb den höheren Zugewinn erzielt, weil bei dem Unternehmer-Ehegatten das unternehmerisch gebundene Vermögen aus der Zugewinnausgleichsberechnung herausgenommen wurde. Insoweit ist regelmäßig ein Verzicht des Unternehmers auf Zugewinnausgleichsansprüche gegen seinen Ehepartner jedenfalls dann zu erwägen, wenn der Unternehmer den höheren Zugewinn erzielt hätte, wenn man sein Unternehmen mitberücksichtigen würde.

Auf die Details zu all diesen Fragestellungen soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden¹⁹.

Es sollte jedoch deutlich geworden sein, dass die Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft durch Herausnahme des Unternehmens oder der Beteiligung für das Ehepaar und damit insbesondere für den Ehepartner des Unternehmers den Vorteil einer eng begrenzten, fairen Regelung bietet. Der Preis dafür ist jedoch eine relativ hohe Regelungskomplexität.

cc) Bewertungsvereinbarungen

Sollte der Ehepartner des Unternehmers mit einer vollständigen Herausnahme des unternehmerisch gebundenen Vermögens aus der Zugewinnausgleichsberechnung – gegebenenfalls trotz der Erörterung von Kompensationsregelungen – nicht einverstanden sein – und dafür kann es gute Gründe, beispielsweise den Karriereverzicht, geben –, so kommt als schwächere Lösung in Betracht, die schwierige Frage der Bewertung des Unternehmens nicht erst im Scheidungsfall, sondern bereits vorsorgend im Ehevertrag zu regeln. Denn im Rahmen einer Scheidung kommt es im Ausgangspunkt auf den wirklichen Wert des Unternehmens und nicht auf den gesellschaftsvertraglichen Abfindungswert an²⁰. Auf den gesellschaftsvertraglichen Abfindungswert kann man sich jedoch im Ehevertrag verständigen, wobei die Problematik der Zulässigkeit von Buchwertklauseln an dieser Stelle irrelevant sein dürfte, weil der Zugewinnausgleichsanspruch auch ganz abbedungen werden könnte.

Alternativ dazu kommt die Festlegung auf ein bestimmtes Bewertungsverfahren (zum Beispiel das vereinfachte Ertragswertverfahren oder das Verkehrswertverfahren nach IDW S 1), gegebenenfalls in Verbindung mit einem zu vereinbarenden pauschalen Abschlag, in Betracht.

Der Nachteil all solcher Regelungen ist, dass doch eine Unternehmensbewertung durchgeführt werden muss und nur der Liquiditätsbedarf durch die zu vereinbarenden Bewertungsabschläge gemildert wird.

dd) Ratenzahlungs- und Stundungsvereinbarungen

Anstelle von Bewertungsvereinbarungen oder auch zusätzlich zu ihnen können selbstverständlich auch Ratenzahlungs- und

Stundungsvereinbarungen in einem Ehevertrag getroffen werden. Auf diese Weise kann die Stundungsregelung des § 1382 BGB konkretisiert und modifiziert werden. Dem Verfasser sind zahlreiche Eheverträge von Unternehmern der ersten Generation bekannt, in denen der Unternehmer nur eine Stundung der Zugewinnausgleichslast – mit oder ohne Zinsen –, zum Beispiel bis zu seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen, hat vereinbaren können und dies auch nur insoweit, als seine Zugewinnausgleichslast auf der Wertsteigerung in seiner unternehmerischen Beteiligung beruht. Insbesondere bei Freiberuflern, die ihre Praxis eines Tages wieder abgeben, und bei Startup-Unternehmern, die auch in „Exit“-Strategien denken, sind solche Ratenzahlungs- und Stundungsvereinbarungen beliebt.

d) Zwischenergebnis

Unternehmer und Freiberufler benötigen grundsätzlich einen Ehevertrag mit Güterstandsregelungen. Die genaue Ausgestaltung der Güterstandsregelungen variiert jedoch stark. Bei einer Großbeteiligung an einem kapitalintensiven Familienunternehmen fortgeschrittener Generation sind weitergehende Regelungen angezeigt als bei einem Arzt in freier Praxis oder einem Start-up-Unternehmer.

Wie weit von der Zugewinnngemeinschaft abgewichen wird, hängt auch davon ab, welches Ehemodell die Ehepartner anstreben (z.B. Unternehmer-Hausfrauen-Ehe mit Kindern oder – anderes Extrem – Doppel-Unternehmer-Ehe ohne Kinder, um nur zwei Beispiele zu nennen) und in welcher Einkommens- und Vermögenssituation der Ehepartner des Unternehmers lebt.

Jeder Fall ist individuell zu betrachten. Kompensationsregelungen sind in der Regel vorzusehen. Denn ein zu harter Ehevertrag könnte später bei der Inhalts- und Ausübungskontrolle durch den Richter gekippt werden. Vor dem Hintergrund der Unterhaltsrechtsreform von 2008 ist die Sorge von *Brambring*, *Gassen*, *Langenfeld* und *Wachter* zu teilen, dass harte Verzichtregelungen, insbesondere die Gütertrennung, die per se zulässig ist, in Kombination mit weiteren Verzichten dem Risiko der Unwirksamkeit ausgesetzt sind, wenn es keine angemessenen Kompensationsregelungen gibt²¹.

Die Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen – das sei hier schon gesagt – sollten für diese Regelungsvielfalt offen sein²².

III. Interesse des Unternehmens an abschirmenden Eheverträgen seiner Gesellschafter

1. Ausschluss von § 1365 BGB

Von Publikumsgesellschaften abgesehen, bei denen der einzelne Gesellschafter kaum unternehmerischen Einfluss hat, dürften die meisten Unternehmen ein Interesse daran haben, dass unternehmerische Entscheidungen nicht von der Mitwirkung des Ehepartners des Unternehmers abhängig sind. Die Unternehmen haben daher grundsätzlich ein Interesse daran, dass der Unternehmer mit seiner Beteiligung nicht dem § 1365 BGB unterliegt.

2. Ausschluss/Modifizierung des Zugewinnausgleichs bei Scheidung

Auch die Abschirmung vor einem bei der Scheidung fällig werdenden Zugewinnausgleichsanspruch kann im Interesse des Unternehmens liegen. Wie groß dieses Unternehmensinteresse ist, hängt allerdings von verschiedenen Faktoren ab:

Zugewinnausgleichsansprüche können nur entstehen, wenn das Unternehmen durch Größen- und/oder Gewinnwachstum auch inflationsbereinigt wertvoller wird, sich also dynamisch entwickelt. Wenn der Unternehmer nicht andere, freie Liquidität hat, kann er dann gezwungen sein, die zur Befriedigung des Zugewinnausgleichsanspruchs erforderliche Liquidität dem Unternehmen zu entziehen und es damit wirtschaftlich zu schwächen. Diese Gefahr ist real, aber sie ist nicht stets gegeben. Sehr viele Unternehmen haben keine dynamische Wachstumsperspektive, und dann gibt es auch keine unternehmensgefährdenden Zugewinnausgleichsansprüche. Unternehmen und ganze Branchen können auch schrumpfen. Wertsteigerungen sind dann die Ausnahme.

Die Stärke des Unternehmensinteresses an abschirmenden Eheverträgen hängt auch von der Zahl der Gesellschafter und der quotalen Höhe ihrer

Beteiligung sowie von der Finanzkraft des Unternehmens ab. Der Entzug von Liquidität durch einen großen Gesellschafter trifft das Unternehmen härter als bei einem Gesellschafter mit einer Splitterbeteiligung.

3. Schutz vor Offenlegung von Betriebsinterna

Der Schutz vor der Offenlegung betrieblicher Interna im Rahmen der Ermittlung des Wertes des Unternehmens kann im Einzelfall aus der Sicht des Unternehmens ebenfalls ein Interesse an abschirmenden Eheverträgen begründen. Angesichts der heutigen weitreichenden Pflichten zur Offenlegung von Jahresabschlüssen²³ dürfte dieser Aspekt eher selten, insbesondere bei innovativen Unternehmen eine Rolle spielen. Außerdem können Vertraulichkeitsabreden helfen, diesen Aspekt in den Griff zu bekommen.

4. Schutz vor Zwangsvollstreckung

Auch die Sorge, der geschiedene Ehepartner oder ein Dritter könnte im Zusammenhang mit der Vollstreckung des Zugewinnausgleichsanspruchs in die unternehmerische Beteiligung vollstrecken oder aufgrund familiengerichtlicher Anordnung nach § 1383 BGB Mitgesellschafter werden, lässt sich als Argument für ein Interesse des Unternehmens an abschirmenden Eheverträgen anführen. Es ist jedoch sehr unwahrscheinlich, dass ein Familiengericht einem Antrag auf Übertragung einer Unternehmensbeteiligung nach § 1383 BGB stattgibt. Und die Verhinderung des Vollstreckungszugriffs lässt sich auf eine für den Ehepartner des Unternehmers mildere Weise, nämlich über eine übliche Ausschluss- oder Einziehungsklausel wegen des Vollstreckungszugriffs im Gesellschaftsvertrag, regeln. Für den Verlust der Beteiligung ist dann freilich eine Abfindung zu zahlen.

5. Kleinere Erbquote

Da im Todesfall nur die Höhe der Erbquote des überlebenden Ehepartners je nach Güterstand variieren kann, bei der Zugewinnngemeinschaft – von den Fällen der Enterbung und der Erbausschlagung abgesehen²⁴ – nicht aber ein Zugewinnausgleich zu zahlen ist, gibt es aus der Sicht des Unternehmens in aller Regel kein spezifisches Interesse an der

Gütertrennung.

Wie viel der Ehepartner des Unternehmers bei dessen Tod erhalten soll, hat der Unternehmer zu entscheiden. Dazu muss er die Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrages in den Blick nehmen. Das Unternehmen sollte sich in diesen Bereich nicht mit Güterstandsvorgaben einmischen.

6. *Zwischenergebnis*

Sehr viele Unternehmen haben ein Interesse daran, dass der Unternehmer, für den die Beteiligung sein nahezu gesamtes Vermögen darstellt, in seinem Ehevertrag § 1365 BGB abbedingt und damit frei und ohne Mitspracherecht des Ehepartners über sein Unternehmen bzw. seine unternehmerische Beteiligung verfügen kann.

Es ist hingegen sehr stark einzelfallabhängig, ob das Unternehmen darüber hinaus auch ein gewichtiges Interesse an ehегüterrechtlichen Regelungen hat, die den Zugewinnausgleichsanspruch im Scheidungsfall berühren.

IV. Interesse der Mitgesellschafter, insbesondere des Senioresgesellschafters daran, dass jeder von ihnen einen abschirmenden Ehevertrag abschließt

Im Regelfall decken sich die Interessen der Mitgesellschafter mit den vorstehend geschilderten Interessen der Gesellschaft. Nur wenn es ein Gerangel um Macht und Mehrheiten innerhalb des Unternehmens gibt, können einzelne Gesellschafter ein Interesse daran haben, dass die Beteiligung von Mitgesellschaftern in die Verwertung und damit auf den Markt kommt.

Insbesondere in klassischen Familienunternehmen kommen psychologische Aspekte, vor allem des Senioresgesellschafters im Verhältnis zu seinen Kindern, hinzu:

Durch die eigene Lebenserfahrung geprägt, wünschen Senioresgesellschafter oftmals – fürsorglich bevormundend –, dass ihre Kinder bei der Eheschließung, ähnlich wie sie es selbst getan haben, einen Ehevertrag mit Güterstandsklausel abschließen, die nicht nur das Unternehmen, sondern das gesamte Vermögen betrifft. Auch ein Pflichtteilsverzicht gehört oft in

diesen Wunschkatalog²⁵. Schwiegerkinder sollen – so gern sie auch in die Familie aufgenommen werden – keinen Einfluss auf das Unternehmen und das weitere familiäre Vermögen haben. Es handelt sich dann um ein über das Unternehmen hinausgehendes Interesse am Erhalt des Familienvermögens in der Abstammungslinie, kurz: um ein dynastisches Interesse, das im Gesellschaftsvertrag primär in der Vinkulierungsklausel und in der Nachfolgeklausel seinen Ausdruck findet²⁶. Der gewünschte Ehevertrag und der Pflichtteilsverzichtsvertrag sind nur Begleitregelungen dazu.

Allerdings kann sich die Rolle eines Schwiegerkindes im Laufe der Jahre durchaus wandeln und sich damit auch der Blick auf das Schwiegerkind ändern. Dem Verfasser ist ein Fall bekannt, bei dem im Rahmen einer Scheidung die tüchtigere Schwiegertochter das Unternehmen übernommen hat, um es möglichst eines Tages an die gemeinsamen Kinder weiter zu geben.

V. Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen

1. Vorbemerkungen

*Brambring*²⁷ und *Gassen*²⁸ geben in ihren grundlegenden Aufsätzen zu Güterstandsklauseln einen schönen Überblick über die in den Formularbüchern vorgeschlagenen und in der Praxis gebräuchlichen Klauseln für Kommanditgesellschaften und GmbHs. Bei der BGB-Gesellschaft, der offenen Handelsgesellschaft und der Partnerschaftsgesellschaft sind zwar ebenfalls Güterstandsklauseln denkbar, in der Praxis sind sie bei diesen Gesellschaftsformen jedoch die seltene Ausnahme²⁹. Die Klauselvorschläge für die Kommanditgesellschaft sind jedoch leicht auf diese Gesellschaftsformen anzupassen.

Pauschal formuliert sehen alle gängigen Klauseln vor, dass einem Gesellschafter seine Gesellschafterstellung weggenommen wird oder jedenfalls weggenommen werden kann, wenn er nicht nachweist, dass er einen Ehevertrag mit einem genau definierten Mindestinhalt abgeschlossen hat. Die Wegnahme erfolgt bei der Personengesellschaft meist durch Ausschließung und bei der GmbH durch Einziehung oder

Zwangsabtretung der Geschäftsanteile, und zwar jeweils gegen eine Abfindung, die unterhalb des Verkehrswertes liegt. Das schmerzt und übt so Druck auf den Gesellschafter und dessen Ehepartner aus, einen Ehevertrag abzuschließen. Es soll sogar Güterstandsklauseln geben, die den abfindungslosen Ausschluss vorsehen³⁰. Das ist als Regelung im Gesellschaftsvertrag jedoch zu hart; es mag im Anteils-Schenkungsvertrag jedoch im Rahmen einer Auflage regelbar sein.

Als Merkposten und als Verhandlungsdruckmittel zwischen dem Gesellschafter und seinem (zukünftigen) Ehepartner sind die bisherigen Güterstandsklauseln hoch effizient³¹: Der Verfasser kennt viele angehende Ehepaare, die vor dieser Drohkulisse nachgegeben haben.

In klassischen Familienunternehmen ist die Drohkulisse auch zur Erreichung weitergehender Ziele, wie Gütertrennung und Pflichtteilsverzichtsvertrag, sehr beliebt. Es ist jedoch zu bezweifeln, ob der Gesellschaftsvertrag der richtige Ort zur Verfolgung dieser weitergehenden Ziele ist. Diese Ziele sind zum Beispiel in einer Auflage zum Schenkungsvertrag oder einem dort zu vereinbarenden vertraglichen Rücktrittsrecht³² besser verortet.

2. *Strukturfehler und Strukturschwächen*

Die Klauseln weisen allerdings – soweit ersichtlich – allesamt Fehler oder zumindest gravierende Schwächen auf:

a) Verpflichtung, einen Ehevertrag abzuschließen

Zum Teil sehen die Klauseln die direkte Verpflichtung der Gesellschafter³³ zum Abschluss eines Ehevertrages mit einem Mindestinhalt vor³⁴. Das ist unsauber formuliert, denn eine solche Primärpflicht ist gegenüber den Gesellschaftern nicht durchsetzbar³⁵ und insbesondere nicht einklagbar und dürfte auch gegen die Eheschließungsfreiheit verstoßen³⁶. Denn niemand kann zu einem Ehevertrag gezwungen werden³⁷. Auch Schadensersatzansprüche dürften bei einem Verstoß nicht bestehen³⁸.

Die Güterstandsklausel muss den Abschluss des Ehevertrages

richtigerweise vielmehr nur indirekt, nämlich als Obliegenheit über die Androhung einer Sanktion, anstreben³⁹.

b) Gütertrennung oder modifizierte Zugewinnsgemeinschaft?

Früher wurde regelmäßig der Nachweis eines Ehevertrages mit Gütertrennung verlangt. Auf Wunsch des Seniorgesellschafters wird jedoch auch heute noch nicht selten ein Ehevertrag mit reiner Gütertrennung gefordert. Dafür gibt es aus der Sicht *nur des Unternehmens* jedoch – wie oben dargelegt – keine Rechtfertigung.

Bei der Gütertrennung geht es nicht nur um den Schutz des Unternehmens, sondern auch um eine Ergänzung zur gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel und damit um familiäres, dynastisches Denken, was freilich bei einem Familienunternehmen ebenfalls legitim ist.

Heute wird oft alternativ zur Gütertrennung nur der Nachweis eines Ehevertrages verlangt

- mit Ausschluss der Beschränkungen des § 1365 BGB und
- mit zumindest gegenständlicher Herausnahme der unternehmerischen Beteiligung (gegebenenfalls einschließlich des Anteils am Rücklagenkonto und des Gesellschafterdarlehens sowie des Sonderbetriebsvermögens) aus der Zugewinnausgleichsberechnung im Falle der Scheidung, der Aufhebungsklage nach § 1313 BGB und der vertraglichen Beendigung des Güterstandes⁴⁰.

*Brambring*⁴¹, *Langenfeld*⁴² und *Wachter*⁴³ ist zuzustimmen, dass mehr als eine solche modifizierte Zugewinnsgemeinschaft im Gesellschaftsvertrag grundsätzlich nicht verlangt werden sollte. Auch *Gassen* hält es für zweckmäßiger, wenn die Güterstandsklausel eine modifizierte Zugewinnsgemeinschaft zulässt⁴⁴.

c) Nachweisprobleme

Probleme bereitet die zweifelhafte Effizienz von Güterstandsklauseln, auf die *Gassen* und *Brambring* schon ausführlich hingewiesen haben⁴⁵. Zur Vermeidung des Ausschlusses beziehungsweise der Einziehung, kurz: der Wegnahme, müsste die Güterstandsklausel nicht nur die Vorlage des Ehevertrages vorsehen, sondern auch, dass er nicht nachträglich entgegen

den Vorgaben der Güterstandsklausel wieder geändert werden darf. Solche nachträglichen Änderungen kommen in der Praxis durchaus gelegentlich vor.

Eine solche negative Tatsache lässt sich jedoch nicht belegen⁴⁶. Erst wenn der geschiedene Ehepartner zur Durchsetzung seiner Ansprüche in den Gesellschaftsanteil oder Forderungen gegen die Gesellschaft vollstreckt, erfährt die Gesellschaft notwendigerweise von dem geänderten Ehevertrag. Aber dann ist es zu spät.

d) Fehlen weiterer Sanktionsvoraussetzungen

Spannend ist die Frage, was die Güterstandsklauseln als nächsten Schritt vorsehen, wenn der erbetene Nachweis eines Ehevertrages *nicht* erbracht wird. Das Spektrum der Lösungen reicht von einem automatischen Ausscheiden aus der Kommanditgesellschaft⁴⁷ bis zur Eröffnung der Möglichkeit, dass die übrigen Gesellschafter mit einer einfachen – oder qualifizierten – Mehrheit die Wegnahme der Beteiligung beschließen können⁴⁸. Letzterer Weg wird von mehreren Autoren befürwortet und ist folglich in der Praxis oft anzutreffen⁴⁹.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Nichtvorlage des Ehevertrages mit der gewünschten Güterstandsklausel als solche ausreicht, um die Wegnahme der Beteiligung zu rechtfertigen.

Zweifel sind angezeigt; der Blickwinkel ist zu eng:

- Nicht bei jedem Gesellschafter muss die unternehmerische Beteiligung sein gesamtes Vermögen oder nahezu gesamtes Vermögen im Sinne des § 1365 BGB darstellen. Und dann sollte man von ihm fairerweise auch keinen Ehevertrag mit Ausschluss des § 1365 BGB verlangen.
- Solange der säumige Gesellschafter nicht im Sinne des § 1567 BGB von seinem Ehepartner getrennt lebt, besteht für das Unternehmen keine akute Gefahr der Offenlegung betrieblicher Interna bei der Wertermittlung oder des Abflusses von Liquidität.

Lediglich die Anwendbarkeit von § 1365 BGB könnte jederzeit ein Problem darstellen.

Es gibt Gesellschaftsverträge, die den zweiten Aspekt aufgreifen, und die Vorlage des Ehevertrages mit modifizierter Zugewinnngemeinschaft erst

verlangen, wenn die Eheleute im Sinne des § 1567 BGB getrennt leben.

Darüber hinaus muss der betroffene Gesellschafter m.E. die Möglichkeit haben, einen Entlastungsnachweis zu führen, also nachzuweisen, dass die Sorge des Unternehmens und der Mitgesellschafter, er könne bei seinen unternehmerischen Entscheidungen wegen § 1365 BGB nicht frei sein oder aufgrund seiner Scheidung könne das Unternehmen einen empfindlichen Liquiditätsabfluss erleiden, unbegründet ist. So könnte er z.B. darlegen,

- dass seine unternehmerische Beteiligung nicht sein nahezu gesamtes Vermögen darstellt und er insbesondere einen etwaigen Zugewinnausgleichsbetrag anderweitig aufbringen könnte oder
- dass er mit seinem Ehepartner – wie oben geschildert – eine Stundungs- und/oder Ratenzahlungsvereinbarung als milderer Mittel geschlossen hat.

Es dürfte missbräuchlich sein, nämlich ein Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, wenn in einer solchen Situation noch ein Ausschluss- oder Einziehungsbeschluss gegen ihn erginge⁵⁰.

Die gängigen Güterstandsklauseln sagen zu dieser Problematik jedoch nichts⁵¹.

e) Nachteile der Sanktion

Was ist, wenn der Gesellschafter den gewünschten Ehevertrag nicht vorlegen kann oder will und sich auch nicht entlasten kann, zum Beispiel weil er die unternehmerische Beteiligung erst nach Eheschließung⁵² erwirbt und sein Ehepartner nicht bereit ist, den gewünschten Ehevertrag abzuschließen?

Soll in all diesen Fällen von den übrigen Gesellschaftern wirklich – prophylaktisch – die Wegnahme der Beteiligung gegen Abfindung beschlossen werden können?

Soll zur Vermeidung der abstrakten Gefahr eines zukünftigen Liquiditätsabflusses bei einer Scheidung sofort ein möglicherweise viel größerer Liquiditätsabfluss – wenn unter Umständen auch in Raten – beschlossen werden? Immerhin geht es bei der Scheidung allenfalls⁵³ um die *zukünftige Liquidität* für den heute noch ungewissen Zugewinnausgleichsanspruch. Bei der Wegnahme der Beteiligung geht es

hingegen um den *jetzigen Abfindungswert* für den gesamten Anteil zuzüglich etwaiger Gesellschafterdarlehen des Ausscheidenden.

Die Sanktion des Ausschlusses beziehungsweise bei der GmbH die Einziehung beziehungsweise Zwangsabtretung gegen Abfindung ist viel zu hart und für das Unternehmen unmittelbar schädlich⁵⁴.

Ein solcher Wegnahmebeschluss wird daher in aller Regel nicht gefasst werden⁵⁵. Dies ist wahrscheinlich auch ein Grund dafür, warum es – soweit ersichtlich – bis heute keine veröffentlichte Entscheidung zu einer Güterstandsklausel gibt, obwohl die Anwendung ein hohes Streitpotenzial enthalten würde⁵⁶.

VI. Beurkundungspflicht?

Als Teil einer GmbH-Satzung sind Güterstandsklauseln gemäß § 2 Abs. 1 GmbHG stets beurkundungsbedürftig. Schwieriger ist die Antwort auf die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft⁵⁷ deshalb – und nur deshalb – beurkundungsbedürftig wird, weil er eine Güterstandsklausel enthält.

Sinnvoll ist die Beurkundung angesichts der Komplexität des Themas allemal. Aber soll die fehlende Beurkundung zur Formnichtigkeit (§ 125 BGB) der Güterstandsklausel und gemäß § 139 BGB eventuell gar zur Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages führen?

Eheverträge sind nach § 1410 BGB beurkundungspflichtig. Auch der Ehevorvertrag⁵⁸ und wohl auch unwiderruflich erteilte Vollmachten zum Abschluss von Eheverträgen⁵⁹ sind nach der Rechtsprechung beurkundungsbedürftig. Bei Güterstandsklauseln handelt es sich jedoch weder um einen Ehevertrag noch um einen Ehevorvertrag. Denn an beiden ist der Ehepartner des Gesellschafters nicht beteiligt. Der Gesellschafter geht auch keine mittelbare Bindung ein, denn er unterliegt keiner Primärpflicht auf Abschluss eines Ehevertrages, mögen auch manche Güterstandsklauseln in ungenauer Weise so formuliert sein. Bei Nichtbeachtung der Güterstandsklausel verstößt er nur gegen eine Obliegenheit.

Der mittelbare Druck, der von einer Güterstandsklausel auf den

Gesellschafter ausgeht, reicht m.E. nicht zur Bejahung einer Beurkundungspflicht aus. Insoweit folgt der Verfasser den Argumenten von *Kuhn*, der dies ausführlich begründet hat⁶⁰.

VII. Resümee

1. Jeder Unternehmer sollte mit seinem Ehepartner über einen Ehevertrag mit Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft sprechen, in dem bei Bedarf die Befreiung von § 1365 BGB und die Herausnahme der unternehmerischen Beteiligung aus dem Zugewinnausgleich in allen anderen Fällen als dem Tod, insbesondere im Falle der Scheidung (vielleicht aber auch nur die Stundung der Ausgleichsforderung) geregelt wird. Dabei sind regelmäßig angemessene Kompensationsregelungen geboten und zwar nicht nur aus Gründen der allgemeinen Fairness, sondern auch zur Vermeidung eines negativen Ergebnisses bei der richterlichen Inhaltskontrolle. Weitergehende Regelungen, wie zum Beispiel Gütertrennung und Pflichtteilsverzicht, können im Einzelfall zwar sachgerecht sein, sind zum Unternehmensschutz jedoch nicht erforderlich.
2. Nicht in jeden Gesellschaftsvertrag gehört eine umfassende Güterstandsklausel. Für viele Unternehmen ist der Ausschluss des § 1365 BGB wichtiger als die Modifizierung des Zugewinnausgleichsanspruchs. Letztere macht in erster Linie Sinn bei einem Unternehmen mit kleinem Gesellschafterkreis und erwarteter dynamischer Entwicklung, denn nur dann ist mit relevanten Zugewinnausgleichsansprüchen zu rechnen.
3. Die meisten Güterstandsklauseln sind hinsichtlich der Voraussetzungen ihrer Anwendung, selbst wenn sie sich auf § 1365 BGB und die Herausnahme der unternehmerischen Beteiligung aus dem Zugewinnausgleich im Scheidungsfall beschränken, zu weit, um nicht zu sagen: zu grob formuliert, weil sie den Aspekt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, die einem Wegnahmebeschluss entgegenstehen kann, nicht berücksichtigen.
4. Die Anwendung der bisherigen Güterstandsklauseln führt zu einer Sanktion, mit der sich das Unternehmen selber schädigt: Sie kostet viel Liquidität. Die Anwendung der bisherigen Güterstandsklauseln sollte daher unbedingt vermieden werden.
5. Stattdessen sind mildere Güterstandsklauseln zu erwägen, die an die Stelle der Wegnahme der Beteiligung als milderer, aber effizientes Mittel ein Ruhen des Stimmrechts und gegebenenfalls eine Gewinnausschüttungssperre für den betroffenen Gesellschafter vorsehen⁶¹. Dazu wird der nachfolgende Vorschlag zur Diskussion gestellt.

VIII. Vorschlag einer milden Güterstandsklausel

1. Das Stimmrecht eines verheirateten oder in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Gesellschafters ruht, solange er der Gesellschaft nicht nachgewiesen hat, dass er für alle Entscheidungen keiner Mitwirkung seines Ehe-/Lebenspartners bedarf.
2. Der einem verheirateten oder in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Gesellschafter an sich zustehende ausschüttungsfähige Gewinn wird solange nicht ausgeschüttet, sondern einem für ihn geführten unverzinslichen Sondersperrkonto zugeführt, bis der Gesellschafter der Gesellschaft nachgewiesen hat, dass seine Beteiligung (einschließlich seiner Guthaben auf Konten bei der Gesellschaft) bei der Beendigung seines Güterstandes auf andere Weise als dem Tod, insbesondere also im Falle seiner Scheidung, aus der Vermögensauseinandersetzung, insbesondere einem Zugewinnausgleich, herausgenommen ist oder offensichtlich ist, dass eine etwaige Forderung aufgrund der Vermögensauseinandersetzung/Zugewinnausgleichsforderung aus nicht im Unternehmen gebundenen Vermögen erfüllt werden könnte. Ist der Nachweis erbracht, ist das Guthaben auf dem Sondersperrkonto an den Gesellschafter auszuschütten. Ansonsten sind Verfügungen des Gesellschafters über das Guthaben auf dem Sondersperrkonto nur zusammen mit seiner Beteiligung oder zur Begleichung einer Forderung aufgrund der Vermögensauseinandersetzung/Zugewinnausgleichsforderung zulässig.
3. Die Nachweise zu Ziffern 1 und 2 können insbesondere durch Vorlage eines entsprechenden Ehevertrages verbunden mit der Versicherung, dass dieser nicht abgeändert wurde, oder Belege über hinreichendes weiteres Vermögen erbracht werden.

* Prof. Dr. Manfred Wenckstern ist Notar in Hamburg, Honorarprofessor an der Universität Hamburg und Lehrbeauftragter für Erbrecht an der Bucerius Law School, Hamburg.

Abgekürzt zitiert werden: Günter Brambring, Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen, DNotZ 2008, 724-739; Dominik Gassen, Zulässigkeit und Grenzen gesellschaftsrechtlich vereinbarter Pflichten zur Vornahme familien- und erbrechtlicher Vereinbarungen mit Dritten, RNotZ 2004, 423-449; Gerrit Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 6. Aufl. 2011; Thomas Wachter, Güterstandsklauseln in GmbH-Satzungen – Hinweise zur vorsorgenden Regelung von Scheidungsfolgen für Gesellschafter, GmbH-StB 2006, 234-239.

- 1 Dieser Aspekt soll im Weiteren nicht weiter vertieft werden, da die Fragestellungen parallel gelagert sind.
- 2 Und auch seine Haushaltsgegenstände (§ 1369 BGB), aber das ist hier ein

unwichtiger Randaspekt.

- 3 Zur Bedeutung von § 1365 BGB für Handlungen in Bezug auf unternehmerische Beteiligungen siehe *Gassen*, RNotZ 2004, 427 f.; *Fasselt*, Ausschluss von Zugewinnausgleichs- und Pflichtteilsansprüchen bei Beteiligungen an Familienunternehmen, DB 1982, 939, 940.
- 4 Auch bei der vorweggenommenen Erbfolge und der Ausstattung wäre eine Bewertung des Unternehmens auf den Zeitpunkt der Zuwendung vorzunehmen.
- 5 Ausnahme: § 1383 BGB.
- 6 So auch *Wachter*, GmbH-StB 2006, 234 f.
- 7 Jeder Unternehmer sollte – neben einer Vorsorgevollmacht – seine Unternehmensnachfolge in einer letztwilligen Verfügung geregelt haben und seine letztwillige Verfügung alle zwei bis drei Jahre auf ihre Aktualität überprüfen.
- 8 Nach § 1931 BGB ist die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten bei Gütertrennung immer dann niedriger, wenn der Verstorbene zwei oder mehr Kinder hinterlassen hat oder wenn der überlebende Ehegatte neben Verwandten der 2. Ordnung – also den Eltern, Geschwistern, den Neffen oder Nichten des Erblassers – oder seinen Großeltern erbt. Dies hängt damit zusammen, dass das BGB in § 1931 Abs. 3 i.V.m. § 1371 vorsieht, dass der überlebende Ehegatte beim Güterstand der Zugewinnngemeinschaft unabhängig vom tatsächlichen Zugewinn pauschal eine zusätzliche Erbquote von einem Viertel erhält und es in § 1931 Abs. 4 BGB für den Fall der Gütertrennung nur dann eine abmildernde Regelung gibt, falls der überlebende Ehegatte neben nur einem oder zwei Kindern erbt.
- 9 Daneben verbleiben dem Ehepartner die allgemeinen Ehegattenfreibeträge.
- 10 Dazu *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 199.
- 11 Siehe dazu *Langenfeld*, Handbuch, § 2 (Die Ehevertragsfreiheit).
- 12 Siehe z.B. *Brambring*, in: Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 11. Aufl., 2013, Abschnitt V.17; *T.-F. Müller*, in: Müller/Hoffmann/Bärwaldt (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften zum Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 3. Aufl., 2009, § 8; *Zimmermann*, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., 2010, § 85.
- 13 Siehe dazu *Münch*, Unterhaltsverstärkende Vereinbarungen, MittBayNot 2012, 10-17; *Schmitz*, Unterhaltsverstärkende Vereinbarungen, RNotZ 2011, 265-289; *Herrler*, Verstärkende Unterhaltsvereinbarungen nach der Reform und deren Bestandskraft bei Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, FPR 2009, 506-513.
- 14 Weitere Fälle der Beendigung des Güterstandes sind die Aufhebung der Ehe durch richterliche Entscheidung nach den §§ 1313 ff. BGB und die ehevertragliche Aufhebung des Güterstandes.

- 15 Zum unternehmerisch gebundenen Vermögen zählt nicht nur die gesellschaftsrechtliche Beteiligung, sondern es zählen auch die Guthaben der Gesellschafter auf den verschiedenen Gesellschafterkonten einschließlich der Rücklage- und Darlehenskonten sowie etwaiges Sonderbetriebsvermögen.
- 16 Der BGH, 26.03.1997, NJW 1997, 2239 = FamRZ 1997, 800 sieht darin keine Denaturierung des Güterstandes und auch keine sittenwidrige Benachteiligung des anderen Ehegatten.
- 17 Befindet sich das unternehmerisch gebundene Vermögen bereits bei der Eheschließung in der Hand des Unternehmers oder erwirbt er es später von Todes wegen, in vorweggenommener Erbfolge durch Schenkung oder Ausstattung – kurz: erwirbt er es privilegiert –, ist sein unternehmerisch gebundenes Vermögen Teil seines Anfangsvermögens beziehungsweise seines dem Anfangsvermögen hinzuzurechnenden Vermögens. Man kann dann entweder sein gesamtes Anfangsvermögen einschließlich des späteren privilegierten Erwerbs oder aber nur sein unternehmerisch gebundenes Vermögen aus der gesamten Zugewinnausgleichsberechnung herausnehmen, es also sowohl bei der Berechnung des Anfangsvermögens, als auch bei der Berechnung des Endvermögens unberücksichtigt lassen. Ist die Unternehmensgründung/Praxiseröffnung im Zeitpunkt der Eheschließung erst geplant und soll sie teils aus Anfangsvermögen, teils aus privilegiertem Erwerb und teils aus ehezeitlichem Zugewinn finanziert werden, reicht es nicht aus, den Wert des Unternehmens beziehungsweise der Praxis aus der Berechnung des Endvermögens herauszunehmen. Zusätzlich muss geregelt werden, dass das so investierte Anfangsvermögen und der so investierte privilegierte Erwerb (§ 1374 Abs. 2 BGB) nachträglich rechnerisch das Anfangsvermögen mindern, denn sonst würde der andere Ehepartner doppelt benachteiligt. Außerdem sollte klargestellt werden, dass der investierte ehezeitliche Zugewinn für den anderen Ehepartner verloren ist, also in der Zugewinnausgleichsberechnung nicht mehr berücksichtigt wird.
- 18 Siehe dazu z.B. *Brambring* (Fn. 12), V. 17, Ehevertrag Modifizierte Zugewinnngemeinschaft, Ziffer I.2; *Gassen*, RNotZ 2004, 440; *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 232 f.
- 19 Siehe dazu die Vorschläge in den Formularbüchern wie zum Beispiel *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 219-240.
- 20 *Gassen*, RNotZ 2004, 426.
- 21 *Brambring*, DNotZ 2008, 738 f.; *Gassen*, RNotZ 2004, 438, 445; *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 220; *Wachter*, GmbH-StB 2006, 235 f.; Eine Gesamtwürdigung aller Umstände verlangt auch *Kroppenberg*, in: FS Kanzleiter, 2010, 247-260, 258.
- 22 So auch *Gassen*, RNotZ 2004, 449.
- 23 Siehe §§ 325 ff. HGB.
- 24 Siehe für Einzelheiten § 1371 Abs. 2 und 3 BGB.

- 25 *Brambring*, DNotZ 2008, 724, 729 f.
- 26 Siehe dazu *Hennerkes/May*, Der Gesellschaftsvertrag des Familienunternehmers, NJW 1988, 2761-2768, 2766-2768.
- 27 *Brambring*, DNotZ 2008, 724-739.
- 28 *Gassen*, RNotZ 2004, 423-449.
- 29 So auch *Brambring*, DNotZ 2008, 726. Güterstandsklauseln gibt es auch in den Gesellschaftsverträgen von (deutschen) Anwaltskanzleien in der Rechtsform einer englischen LLP.
- 30 *Brambring*, DNotZ 2008, 726.
- 31 Auf diesen Aspekt weist auch *Wachter*, GmbH-StB 2006, 235 hin.
- 32 Dazu *Wachter*, GmbH-StB 2006, 29.
- 33 Eine Differenzierung zwischen den Gesellschaftern (z.B. zwischen Alt- und Neugesellschaftern oder zwischen Klein- und Großgesellschaftern) ist problematisch und sollte allenfalls beim Vorliegen von sachlichen Gründen erfolgen, vgl. *Wachter*, GmbH-StB 2006, 236 f.
- 34 So zum Beispiel *Götze*, in: Heidenhain/Meister (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 7. Aufl., 2011, Muster III.4. Ähnlich auch *Rombach*, in: Lorz/ Pfisterer/Gerber (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch zum GmbH-Recht, 1. Aufl., 2010, S. 181 f.
- 35 Auf die mangelnde Durchsetzbarkeit weisen schon *Hennerkes/May* (Fn. 26), 2768 sowie *Brambring*, DNotZ 2008, 726 hin.
- 36 So *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 220.
- 37 Vgl. *Umbach*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 1. Bd., 2002, Art. 6 Rn. 24; *Rombach* (Fn. 34), Güterstandsklausel Anm. 3.
- 38 A.A. offenbar *Gassen*, RNotZ 2004, 441, der Schadensersatzansprüche für möglich, aber schwer durchsetzbar hält.
- 39 So richtig *Reichert*, in: Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl., 2005, § 66, dort § 20.
- 40 So z.B. *Götze* (Fn. 34), Muster III 4.
- 41 *Brambring*, DNotZ 2008, 734 f.
- 42 *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 220.
- 43 *Wachter*, GmbH-StB 2006, 236.
- 44 *Gassen*, RNotZ 2004, 440.
- 45 *Gassen*, RNotZ 2004, 441, er weist auch darauf hin, dass der vorgelegte Ehevertrag möglicherweise einer richterlichen Inhaltskontrolle nicht stand hält; *Brambring*, DNotZ 2008, 730 f.

- 46 Darauf weist *Gassen*, RNotZ 2004, 439, 441, 442 zu Recht hin.
- 47 *Arens*, Familiengesellschaften, Rn. 114 zitiert nach *Brambring*, DNotZ 2008, 726; *Gassen*, RNotZ 2004, 442 m.w.N.
- 48 Siehe dazu *Gassen*, RNotZ 2004, 441. Er meint sogar, dass dieses Recht als Minderheitenrecht ausgestaltet sein sollte, 443.
- 49 *Gassen*, RNotZ 2004, 442.
- 50 Erwägungen in diese Richtung stellt auch *Brambring*, DNotZ 2008, 727 f., 732 ff. an. Siehe auch *Fasselt* (Fn. 3), 940. *Wachter*, GmbH-StB 2006, 238 f. plädiert für einzelfallbezogene Sanktionen, bei denen der Ausschluss aus der Gesellschaft nur die *ultima ratio* ist.
- 51 *Gassen*, RNotZ 2004, 442, regt an, diese Aspekte nicht auf der Ebene der Güterstandsklausel, sondern auf der Verhandlungsebene zur Abwendung des Gesellschafterbeschlusses über den Ausschluss bzw. die Einziehung in den Blick zu nehmen.
- 52 Sei es durch vorweggenommene Erbfolge, Schenkung oder Ausstattung, durch Erbfolge oder gar durch Einkauf aus Anfangsvermögen.
- 53 Unter Umständen hat der Gesellschafter ja noch privates Vermögen.
- 54 Zweifel an der Zweckmäßigkeit dieser Sanktionen äußert auch schon *Gassen*, RNotZ 2004, 442 f. Er fragt nach Alternativsanktionen.
- 55 Auf Probleme im praktischen Umgang der Gesellschaft mit der Güterstandsklausel weisen schon *Gassen*, RNotZ 2004, 446 und *Wachter*, GmbH-StB 2006, 237 f. hin.
- 56 Die Frage des Verfassers ins Auditorium ergab nur eine Rückmeldung. Die hier erörterte Problematik wurde dort nicht erörtert. Das Ergebnis des Ausschlusses war kontraproduktiv: An die Stelle des Ausgeschlossenen traten dessen minderjährige Kinder, die von der im Gesellschafterkreis nicht geschätzten Ehefrau vertreten wurden.
- 57 Also einer BGB-Gesellschaft, einer oHG, einer KG (auch GmbH & Co. KG) und einer Partnerschaftsgesellschaft.
- 58 RGZ 48, 183.
- 59 Vgl. BGH NJW 1998, 1857, 1858 f.
- 60 *Kuhn*, Beurkundungspflicht von sogenannten Drittkontrahierungsklauseln bei Abschluss eines Gesellschaftsvertrages?, BWNNotZ 2008, 86-88; *Münch*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2013, § 12 Rn. 88; a.A. *Gassen*, RNotZ 2004, 438 f.; *Kanzleiter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 1. Teil, 5. Aufl., 2010, § 1410 Rn. 3.
- 61 Eine abgestufte Vorgehensweise der Gesellschaft bestehend aus abstrakten Zielvorgaben, Berichtspflichten und situationsangepassten Sanktionen empfehlen auch *Gassen*, RNotZ 2004, 447, 449 und *Wachter*, GmbH-StB 2006, 238 f. (mit

Musterformulierung).

Beiräte: Der institutionalisierte Einfluss Dritter

MARTIN ERKER*

I. Einleitung

Konflikte zu vermeiden ist eine wesentliche Aufgabe des Rechts. Das Recht ist eine Friedensordnung¹. Das gilt gerade auch im Gesellschaftsrecht. Der von den Gesellschaftern gemeinsam verfolgte Zweck als Verbandszweck entwickelt in der damit begründeten Gesellschaft Eigenleben und Eigenständigkeit². Schon bei der Gründung einer Gesellschaft, und erst recht im weiteren Verlauf des Lebenszyklus einer Gesellschaft, wird es darum gehen, vorausschauend typischerweise zu erwartende Konflikte zu regeln, also einer typischerweise geeigneten und angemessenen Lösung zuzuführen.

Bei Familienunternehmen gilt das in ganz besonderer Weise. Mit dem Aspekt der durch Verwandtschaft oder Ehe verbundenen Gesellschafter³ ist ein zusätzliches Feld möglicher Konflikte zu berücksichtigen, die sich in der rechtlichen Ausgestaltung ebenso niederschlagen wie in der betriebswirtschaftlichen Organisation⁴. Die größten Gefahren für Familienunternehmen sind Probleme in der Führung und Streitfälle zwischen den Eigentümern⁵.

Beiräte sind dabei nicht in erster Linie im Blickfeld⁶, gleich in welcher rechtlichen Form das Unternehmen verfasst ist und gleich in welcher Ausprägung der Beirat besteht: Als rein beratendes Gremium, als Entscheidungsträger für bestimmte Konstellationen, als Kontroll- und Aufsichtsorgan. Die dem Beirat zugedachten Aufgaben können sehr unterschiedlich sein⁷. Die Lösung von Konflikten kommt im Katalog der Zuständigkeiten selten vor, die Vermeidung von Konflikten als explizite Aufgabenstellung praktisch nie.

Blickt man auf die Motivation für die Einrichtung und Ausgestaltung von Beiräten, ändert sich das Bild ein wenig, aber nicht grundlegend: Ganz

überwiegend geht es um Kompetenz, Kontrolle, Rat, Balance of Powers, Corporate Governance. Dass eine transparente, überzeugende Governance dazu beiträgt, Konflikte zu vermeiden, ist evident. Das hat das Aktiengesetz exemplarisch ausgeführt⁸. Die These lautet, dass ein Beirat auch dann einen Beitrag dazu leisten kann, wenn er nicht aufgrund Rechtsformwahl gesetzlich vorgesehen ist, sondern auf freiwilliger Basis etabliert wird.

Für eine Unternehmerfamilie stellt sich die Frage, was sie von einem Beirat erwartet, allerdings nicht auf dieser gleichsam abstrakten Ebene. Es sind sehr viel konkretere Überlegungen, die die Entscheidung für oder gegen einen Beirat, die konkrete Ausgestaltung, die Aufgabenstellung und Kompetenzzuweisung sowie die innere Ordnung des Beirats beeinflussen. Bei näherer Betrachtungsweise wird sich zeigen: Konfliktvermeidung ist stets, und in der Regel unausgesprochen, ein wichtiger, wenn nicht der wichtigste Grund dafür, Beiräte einzusetzen.

Das ist naturgemäß abhängig von der konkreten Situation des Unternehmens und seiner Gesellschafter. Die Konflikte, mit denen ein Beirat konfrontiert wird, können die Ebene Gesellschaft-Gesellschafter betreffen, aber auch Gesellschaft-Geschäftsführer, Geschäftsführer-Gesellschafter, Gesellschafter-Gesellschafter und schließlich, speziell im Falle wirtschaftlicher Krisen, Gesellschaft-Kreditgeber und Gesellschafter-Kreditgeber.

II. Möglichkeiten der Konfliktvermeidung

1. Formalisiertes Verfahren

Ganz generell gilt: Ein Beirat kann allein durch seine Existenz helfen, Konflikte zu vermeiden, wenn man ihn für spezielle Konstellationen oder regelmäßig einbezieht. Er stellt eine formale Instanz dar, die über den Konflikt zu informieren ist. Schon das ist ein nicht zu unterschätzender Beitrag zur Konfliktvermeidung. Jeder am Konflikt Beteiligte ist gezwungen, den verfahrenstechnischen Zwischenschritt einzuhalten und dem Beirat Gelegenheit zur Kenntnis- und Stellungnahme zu geben. Der Interessengegensatz wird formuliert und samt einer nachvollziehbaren Erläuterung auf den Punkt gebracht. Das zwingt zur Reflexion, zur

Sachlichkeit und auch dazu, sich über die eigene Position und die Folgerungen daraus klar zu werden. So manche Streitigkeit unterbleibt, weil man sie nicht formal eskalieren will und weil man sie Dritten gegenüber nicht offenlegen möchte. Hinzu kommt, dass ein gut besetzter Beirat auch eine natürliche Autorität besitzt, die man nur dann anruft, wenn es wirklich wichtig ist.

2. Zustimmungserfordernisse

Einem Beirat kann Entscheidungskompetenz verliehen werden. Das kann sich darin niederschlagen, dass zu bestimmten Beschlüssen der Gesellschafter zusätzlich ein zustimmender Beschluss des Beirats vorliegen muss. Denkbar ist auch, dass für bestimmte Geschäfte der Gesellschaft die Geschäftsführung einen Beschluss des Beirats herbeiführen muss⁹. In dieser zweiten Konstellation werden ersichtlich die Gesellschafterkompetenzen substituiert. Um die rechtlichen Grenzen dafür¹⁰ soll es hier nicht gehen.

Zustimmungserfordernisse sind je nach Besetzung des Beirats und Schwerpunktsetzung der Gesellschaft in den verschiedensten Sachgebieten denkbar. Konfliktvermeidend ist es allemal, wenn etwa in der Frage, ob ein Joint Venture mit einem Entwicklungspartner eingegangen werden soll, ein fachlich kompetenter Beirat über die Investition entscheidet und nicht die damit regelmäßig inhaltlich überforderte Gesellschafterversammlung.

Für die Konstellation einer kumulativen Zustimmung von Gesellschafterversammlung und Beirat zu bestimmten Geschäften der Gesellschaft gilt diese Schlussfolgerung in gleicher Weise. Hinzu kommt dort aber in aller Regel der Aspekt des Minderheitenschutzes. Der überstimmte Gesellschafter kann darauf vertrauen, dass seine kritischen Anmerkungen von kompetenter, dritter Seite gewürdigt werden. Auch wenn der Beirat einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung bestätigt, hat die erhöhte Richtigkeitsgewähr befriedende Wirkung. Gerade bei Personalentscheidungen, die von der Mehrheit durchgesetzt werden, wird das deutlich: Das positive Beiratsvotum fördert die Bereitschaft der überstimmten Minderheit, dem neu gewählten Geschäftsführer eine Chance zu geben. Der Konflikt der Gesellschafter wird nicht sogleich auf

den Geschäftsführer übertragen.

3. *Beirat als Schlichter*

Konflikte entwickeln sich schrittweise, sie durchlaufen typischerweise verschiedene Stadien¹¹. Im Rückblick lässt sich leicht feststellen, wann der Konflikt eskaliert ist. Ein Beirat, der eine solche Konstellation frühzeitig erkennt und an geeigneter Stelle und in der richtigen Weise adressiert, kann viel dazu beitragen, den Konflikt vor einer negativen Eskalation aufzulösen.

Der Beirat als Vermittler wird in der Literatur immer wieder erwähnt¹². Es soll generell auch Aufgabe des Beirats sein, im Streitfall ausgleichend¹³ als Mediator oder Mittler zu agieren¹⁴. In der Praxis kommt das eher selten vor¹⁵. Das Rollenverständnis des beratenden Aufsichtsgremiums verträgt sich in der Regel nicht mit dem eines streitentscheidenden Schiedsgerichts¹⁶. Und als Mediator ist der Beirat schon per definitionem nicht geeignet: Ein Mediator soll ausgehend von den Vorstellungen der Parteien, aber grundsätzlich unabhängig von ihnen, einen eigenständigen Vorschlag zum Besten aller entwickeln¹⁷. Das vermag ein innergesellschaftliches Organ nicht zu leisten. Offensichtlich wird dies in Fällen, in denen einzelne Mitglieder des Beirats von Gesellschaftern oder bestimmten Gruppen in den Beirat entsandt und aufgefordert sind, dort die jeweiligen Interessen zu vertreten. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Beirat keine Lösungsvorschläge erarbeiten und unterbreiten kann und soll. Gerade wenn der Beirat mit externen Mitgliedern besetzt ist, erlaubt seine besondere Stellung zwischen Gesellschaft, Gesellschaftern und Geschäftsführern weiterführende Anregungen an mögliche Konfliktparteien, wenn auch mit der gebotenen Vorsicht: Neutralität und Unabhängigkeit des Beirats müssen auch dabei gewahrt werden¹⁸.

III. Besetzung des Beirats mit Blick auf Konfliktvermeidung

Über die Auswahlkriterien zur personellen Besetzung eines Beirats ist viel geschrieben worden¹⁹. Fachliche und soziale Kompetenz stehen dabei an erster Stelle, ebenso wie Unparteilichkeit und die Fähigkeit zum Ausgleich²⁰. Daneben zählt vor allem auch der Zugang zu den

Generationen, die in dem Kreis der Gesellschafter repräsentiert werden. Evident wird das, wenn der Beirat sein Wissen um und seine Erfahrung mit dem Unternehmen dazu einsetzt, den Übergang im Zuge der Unternehmensnachfolge unterstützend zu begleiten.

Jenseits dieser Anforderungen wird vielfach die Einbeziehung von Gesellschafterrepräsentanten als Beiratsmitglieder befürwortet, um durch erhöhte Transparenz auch die Glaubwürdigkeit von Beiratsentscheidungen zu erhöhen²¹. Das wird sicher angezeigt sein, wenn es eine große Anzahl von Gesellschaftern gibt. Manchmal besteht in solchen Fällen der Beirat vollständig aus Gesellschaftern als Repräsentanten der jeweiligen Gesellschafterstämme. Selbst dann aber bleibt der jeweilige Beirat funktional ein „Dritter“, weil er nicht in seiner Rolle als Gesellschafter, sondern in durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehener eigener Kompetenz als Beiratsmitglied agiert.

In aller Regel werden externe Dritte, also Nichtgesellschafter, als Beiräte berufen. Die Neutralität verschafft zusätzliches Vertrauen und Kompetenz²². Im Übrigen definiert die Aufgabenstellung das Anforderungsprofil. Wird ein Gegengewicht zu einem dominierenden Geschäftsführer gesucht, wird ein entsprechend geschäftlich erfahrenes Schwergewicht in die Rolle des Beirats gewählt werden. Will man ein Gegengewicht zu Gesellschafterfamilien, die zu emotionalen Konflikten neigen, wird sich eine Versachlichung durch einen anerkannten, fachlich-nüchternen Experten empfehlen, der in der Lage ist, etwa betriebswirtschaftliche Szenarien plausibel zu erläutern.

Typischerweise wird der Beirat zur Förderung von Diskussion und Austausch mit mehr als einer Person²³ und zur Vermeidung von Pattsituationen mit einer ungeraden Anzahl an Mitgliedern besetzt. Welche Besetzung im Einzelfall zielführend ist, hängt von den dem Beirat zugewiesenen Aufgaben und seinem Gewicht im gesellschaftlichen Gesamtgefüge ab. Stets aber ist darauf zu achten, dass ein Wahlverfahren vorgesehen wird, das eine Nachbesetzung des Beirats sichert. Prozedere und Kriterien für die Besetzung des Beirats bedürfen daher besonders sorgfältiger, weitsichtiger Ausgestaltung, um zu vermeiden, dass es schon dabei und deswegen Streit gibt.

IV. Dilemmata und Grenzen der Konfliktvermeidung

1. Beirat als Gesellschaftsorgan

Ein Beirat steht nicht isoliert, sondern im Geflecht des gesellschaftlichen Innenlebens. Er befindet sich damit in einem ständigen Interessen- und Loyalitätskonflikt zwischen Gesellschaft, Gesellschaftern und Geschäftsführung. Er kann zum Feld des Konflikts über Macht und Mandate²⁴ werden. Von den Gesellschaftern verlagert sich der Streit in den Beirat, der aber auch aus anderen Gründen selbst möglicher Konfliktverursacher ist. Von dem Beirat als Experten mit überlegenem Verstand wird gefordert, er solle eine eigene Position vertreten und klare Worte finden. Das klingt gut und entschlossen, erfordert aber eher Konfliktbereitschaft²⁵, als dass es der Konfliktvermeidung dient.

2. Beirat als Nichteigentümer

Wenn man dem Beirat die Aufgabe zuweist, Konflikte innerhalb der Gesellschaft zu vermeiden, stellt sich in besonderem Maße die Frage nach der Legitimation dafür. Es ist nicht von vornherein einsichtig, warum die „Verlagerung streitbefangener Diskussion der Gesellschafter“²⁶ von Vorteil sein soll. Die Eigentümerstellung ist charakterisiert durch die Möglichkeit der Einwirkung, „mit der Sache nach Belieben [zu] verfahren“²⁷. Dem Gesellschafter als dem Eigentümer die Bestimmungsmöglichkeiten teilweise aus der Hand zu nehmen, dokumentiert zugleich den Verdacht, dass die Gesellschafter damit nicht, jedenfalls aber nicht ohne fremde Hilfe umgehen können.

Das ist in gewissem Umfang sicherlich richtig. Jede Folge-Generation der Gesellschafter vergrößert in der Regel nicht nur den Kreis der Eigentümer, sondern entfernt die Gesellschafter abgesehen von Ausnahmefällen auch weiter vom Unternehmen²⁸. Viele verstehen nicht mehr, womit sich das Unternehmen beschäftigt. Die Gesellschafter sind dann tatsächlich nicht in der Lage, verantwortliche Entscheidungen darüber zu treffen, ob etwa ein bestimmter Geschäftszweig durch Investitionen gestärkt und ausgebaut oder reduziert oder gar verkauft werden soll. Insofern lässt sich mit dem geforderten externen Sachverstand Konfliktvermeidung betreiben. Auf der anderen Seite können auch ohne tiefes Verständnis davon, welche

Produkte das Unternehmen in welchen Märkten herstellt und vertreibt, aus Sicht der Eigentümer unterschiedliche Auffassungen zur Strategie bestehen.

Ein Beirat stößt hier an seine Grenzen: Das Austragen des Konflikts kann notwendig und unvermeidlich sein. Den Konflikt zu vermeiden oder zu unterdrücken, wäre ebenso falsch wie ihn als Dritter entscheiden zu wollen. Die Fremdbestimmung durch ein Beiratsgremium wird beschränkt durch die Eigentümerposition der Gesellschafter.

3. Beirat und Eigeninteresse

Die bereits erwähnten Anforderungen an das persönliche Profil eines Beiratsmitglieds, und in der Summe daraus des Beiratsgremiums insgesamt, werden nicht leicht zu erfüllen sein. Selbst im Idealfall ist aber zu berücksichtigen, dass die Mitglieder von Beiräten Eigeninteressen haben, die nicht selten in wirtschaftlichen Abhängigkeiten bestehen, etwa bei Rechtsanwälten und Steuerberatern, die in ein Beiratsgremium berufen werden, oder auch bei Lieferanten und Kunden einschließlich der Vertreter von Banken. Für befreundete Unternehmer oder Freunde der Familie gilt das auf einer anderen, persönlichen Ebene in vergleichbarer Weise. Die Forderung an Beiräte, die Privatinteressen zugunsten der Gesellschaft und aller Gesellschafter zurückzustellen²⁹, ist sicher richtig, sie wird aber nicht immer erfüllt werden.

Selbst wenn nur Beiratsmitglieder bestellt werden, die keine derartigen In-Sich-Konflikte begründen, bleibt ein Spannungsfeld dort bestehen, wo die Aufgabenstellung des Beirats mehr Zeit erfordert, als ein in der Regel nebenberufliches³⁰ Beiratsmitglied zu leisten bereit oder imstande ist. Das hängt auch mit dem Honorarinteresse von Beiräten zusammen³¹, das sich nicht immer in Deckung bringen lässt mit der Leistungsfähigkeit und -willigkeit des Unternehmens in dieser Hinsicht. Schließlich darf auch nicht unterschätzt werden, dass Beiratsmitglieder häufig Menschen sind, die gerade dann, wenn sie in ihrem jeweiligen Bereich erfolgreich waren und über einen großen Erfahrungsschatz verfügen, sehr selbstbewusst und manchmal nicht ganz frei von Eitelkeiten sind.

4. Beiräte und Fehlentscheidungen

Beiräte arbeiten nicht fehlerfrei. Schon eine ungeschickte Äußerung kann Konflikte zwischen den Gesellschaftern provozieren oder verschärfen. Fehler bei einer unternehmerischen Entscheidung, die der Beirat beratend oder beschließend mitgetragen hat, können erbitterte Vorwürfe der Gesellschafter nach sich ziehen, die sich gerade auf die Kompetenz des Beirats verlassen haben. Insbesondere ein Beirat, der Personalkompetenz übertragen bekommen hat, wird sicher nicht immer alles richtig machen können.

Ganz besonders hoch ist das Fehlerrisiko im Krisenfall. Im Zuge einer wirtschaftlichen Krise werden Zustimmungserfordernisse nach dem Gesellschaftsvertrag plötzlich existentiell. Die in guten Zeiten so ohne Weiteres formulierte Notwendigkeit einer Zustimmung des Beirats, etwa zu Kreditaufnahmen über einen bestimmten Mindestbetrag, schiebt dem Beirat in Krisenzeiten möglicherweise die Verantwortung zu, über Fortbestand oder Insolvenz des Unternehmens zu entscheiden. Dabei handelt es sich um weitreichende unternehmerische Entscheidungen, die voraussetzen, dass der Beirat die künftige Entwicklung auf fundierter Informationsbasis prognostiziert. Auch Loyalitätskonflikte eskalieren in solchen Krisensituationen. Nicht selten fordern Banken einen Gesellschafterpool mit Entnahme- und Verfügungsverboten oder gar Treuhandübertragungen, um die Voraussetzungen für eine ungestörte Sanierung zu schaffen. Ein Beirat kann sich aus diesen Konflikten nicht heraushalten. Wenn zur Verpfändung der Anteile seine Zustimmung notwendig ist, kann allein das Nichtstun des Beirats ein Sanierungskonzept zum Scheitern bringen. Wird hingegen die Zustimmung gegeben, muss der Beirat eigenständig darüber befunden haben, dass eine realistische Chance verfolgt wird. Anderenfalls läuft er Gefahr, selbst mit dem Vorwurf der Mitwirkung an einer Insolvenzverschleppung konfrontiert zu werden, wenn die Krise nicht bewältigt wird und es doch noch zur Insolvenz des Unternehmens kommt³².

V. Konfliktvermeidung und Haftungsrisiko

Soll der Beirat als eigene Autorität im Unternehmensinteresse zur Konfliktvermeidung beitragen, müssen sich die Mitglieder des Beirats ihrer Rechte, aber auch ihrer Pflichten bewusst sein. Das Amt des Beirats

darf nicht als bloße Anerkennung früherer Leistungen oder Position mit rein repräsentativem Charakter missverstanden werden³³. Das diesbezügliche (Selbst-)Verständnis der Beiratsmitglieder ist im Konfliktfall entscheidend, da das aktive Eingreifen unter Umständen auch angreifbar macht.

1. Business Judgment Rule

Für einen Beirat gilt stets – abgestimmt auf die jeweilige Aufgabenstellung – das Haftungsprivileg der Business Judgment Rule³⁴. Nun mag man zweifeln, ob der lediglich beratende Beirat überhaupt einer Haftung unterliegt. § 675 Abs. 2 BGB schließt die Haftung für Rat und Empfehlung gerade aus. Aber im Kontext eines geschäftlichen Umfelds und als formal bestelltes Gesellschaftsorgan und zudem mit dem Wissen, das Verhalten der Geschäftsführung und/oder der Gesellschafter zu beeinflussen, verlässt der Beirat den Bereich der haftungsfreien Unverbindlichkeit³⁵. Das gilt erst recht, wenn der Beirat die Geschäftsführung kontrollieren und überwachen soll. Dabei geht es in aller Regel auch um unternehmerische Entscheidungen, so etwa bei der Mitwirkung an einer Entscheidung über Investitionen oder Umstrukturierungen.

Wird im unternehmerischen Bereich ein Rat gegeben, oder trifft der Beirat dort eine Entscheidung aufgrund ausreichender Information und sorgfältiger Abwägung³⁶, so scheidet eine Haftung aus, wenn sich die dem Rat oder der Entscheidung immanenten unternehmerischen Risiken verwirklichen. Die Gerichte haben sich dazu insbesondere im Bereich der Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften geäußert³⁷, aber auch für Beiräte ist der Haftungsmaßstab in der Vergangenheit schon dem Aktienrecht entnommen worden. Entscheidend war dabei stets eine dem aktienrechtlichen Aufsichtsrat ähnliche Ausgestaltung des Beirats oder eine dem Aktienrecht vergleichbare Interessenlage, etwa bei der Publikumskommanditgesellschaft³⁸. Entscheidungen zur Haftung der Beiräte von mittelstandstypischen Familienpersonengesellschaften fehlen bisher. In der Literatur finden sich Stimmen für eine Anwendung von § 708 BGB³⁹, der die eigenübliche Sorgfalt als Haftungserleichterung vorsieht. Die besseren Argumente sprechen für die Anwendung der Business Judgment Rule, insbesondere angesichts der Verantwortung des

Beirats für unternehmerische Prognoseentscheidungen bei Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung. Da gesetzliche Regelungen für den Beirat weitestgehend fehlen und oft auch die Gesellschaftsverträge wenig dazu aussagen, ist die Regelungslücke durch Anwendung der aktienrechtlichen Grundsätze für den Aufsichtsrat zu schließen⁴⁰.

Zum Haftungsmaßstab im Übrigen finden sich häufiger Regelungen. Neben der Stellung als Organ der Gesellschaft bildet die dienstvertragliche Beziehung zwischen Gesellschaft und Beirat⁴¹ die Basis für mögliche Ansprüche. Dass ein Beirat bei leichter Fahrlässigkeit nicht in Anspruch genommen werden soll, ist häufig ausdrücklich vorgesehen⁴². Eine solche Haftungsbegrenzung wird sich schon deshalb empfehlen, weil es andernfalls schwierig werden wird, eine kompetente Person als Beiratsmitglied zu gewinnen.

2. Besondere Risiken im Konfliktvermeidungsfall

Mit dem besonderen Blickwinkel auf die Rolle von Beiräten bei Konfliktvermeidung wird es für den Beirat vor allem darum gehen, durch ein gleichmäßiges, transparentes Verfahren die eigene Informationsgrundlage und die Abwägunsinhalte zu dokumentieren. Ein Beirat, der die Kriterien der Business Judgment Rule einhält, wird nur schwer angreifbar sein. Selbst wenn man dazu später den Ausgang des Konfliktes kennt, wird man kaum den Vorwurf erheben können, der Konflikt hätte durch ein bestimmtes Verhalten des Beirats vermieden werden können, oder aber der Beirat hätte den Konflikt früher oder anders eskalieren müssen. Auch der Vorwurf der Parteilichkeit lässt sich entkräften, wenn die vertretene eigene Meinung inhaltlich und verfahrensmäßig fundiert ist⁴³. Je mehr Entscheidungskompetenzen dem Beirat eingeräumt sind, desto wichtiger wird die Dokumentation der Grundlagen für Beschlüsse des Beirats. Eine Klarstellung im Gesellschaftsvertrag oder der Beiratsordnung, dass der Beirat berechtigt ist, auf Kosten der Gesellschaft auch externen Rat einzuholen, hilft dabei, die Hemmschwelle der Beiratsmitglieder herabzusetzen, sich in komplexen Fragen angemessen beraten zu lassen.

VI. Konfliktvermeidung innerhalb des Beirats

Der Beirat ist, wie soeben kurz skizziert, ein Kollegialorgan der Gesellschaft mit Handlungsmöglichkeiten, Handlungspflichten und auch mit eigenen Risiken in Bezug auf das Unternehmen. Er hat daneben, wie jedes aus mehreren Personen bestehende Organ, ein „Innenleben“. Das kann, soweit nicht – insbesondere im Aktienrecht – gesetzliche Regelungen bestehen, dem Beirat selbst überlassen werden⁴⁴. Oder aber man trifft Regelungen dazu, wie sich der Beirat selbst organisiert.

1. Selbstorganisation

Grundsätzlich gilt „Innengesellschaftsrecht“, was unmittelbar zu § 709 Abs. 1 BGB führt, also zur Einstimmigkeit. Für den aktienrechtlichen Aufsichtsrat gilt allerdings nach der herrschenden Meinung im Grundsatz unter Verweis auf § 32 Abs. 1 Satz 3 BGB das Mehrheitsprinzip⁴⁵. Für eine Übertragung dieses Gedankens auf den Beirat spricht § 52 GmbHG, der für den Beirat einer GmbH auf die aktienrechtlichen Vorschriften über den Aufsichtsrat verweist. Folgt man dieser dogmatischen Differenzierung weiter, entscheidet die Rechtsform des Unternehmens darüber, wie das Innenverhältnis des Beirats ausgestaltet ist. Das ist im Grundsatz naheliegend, weil der Beirat eingebettet ist in die jeweilige gesellschaftsrechtliche Struktur. Gerade bei Entscheidungen des Beirats, die in die Gesellschaftersphäre reichen oder die Gesellschafterrechte substituieren, muss man auf den Gegenstand des Beschlusses und die gesellschaftsrechtliche Verfassung abstellen.

Geht es also um eine dem Beirat übertragene Aufgabe, für deren Erfüllung die Gesellschafterversammlung der Personengesellschaft einen einstimmigen Beschluss fassen müsste, ist der Grundsatz der Einstimmigkeit auch auf die Beschlussfassung des Beirats anzuwenden⁴⁶. Konfliktvermeidung innerhalb des Beiratsgremiums wird dann dominiert vom Zwang zur Einstimmigkeit. Das allerdings beinhaltet ein hohes Risiko, dass der Beirat die ihm übertragenen Aufgaben nicht erfüllen können wird. Zudem zwingt das Einstimmigkeitserfordernis das einzelne Beiratsmitglied dazu, zu prüfen, ob es als solches weitere, eigene Handlungsmöglichkeiten oder gar Handlungspflichten hat⁴⁷. Die erforderliche Abstimmung aller Beiratsmitglieder untereinander eröffnet eine zusätzliche Ebene möglicher Auseinandersetzungen.

Ein Rückgriff auf die gesetzlichen Regelungen im Aktienrecht und die zum Aufsichtsrat entwickelten Grundsätze mit Blick auf das Mehrheitsprinzip wird als Ausweg im Wege ergänzender Vertragsauslegung angeboten, insbesondere wenn der Beirat neben der Beratung auch Kontroll- und Überwachungsarbeit leisten soll⁴⁸. Überzeugend ist dies jedoch nicht. Die Aufgabe des Beirats wird in dem gegebenen gesellschaftsrechtlichen Umfeld erfüllt und muss daher den jeweiligen Grundregeln der Personen- oder Kapitalgesellschaft entsprechen. Das bedeutet nun nicht, dass ein in der Personengesellschaft agierender Beirat wirkungslos bleibt, wenn er die geforderte Einstimmigkeit nicht erreicht. Die Mitteilung an Gesellschafter und Geschäftsführung, der Beirat habe sich immerhin mehrheitlich für oder gegen ein bestimmtes Geschäft ausgesprochen, wird faktisch Beachtung finden, auch wenn rechtlich nichts zu beachten sein sollte.

Selbst wenn man sich über das Entscheidungsquorum einigt, ist die Frage der verfahrenstechnischen Selbstorganisation nicht beantwortet. Bei gutem Willen aller Beteiligten wird man sich schnell vernünftig verständigen. Im Konfliktfall eröffnet sich ein weites Feld möglicher Streitigkeiten zwischen den Beiratsmitgliedern. In der Folge werden auch die Gesellschafter oder die Geschäftsführung Klärungsbedarf haben, wie unter solchen Umständen ein Verhalten des Beirats, sei es eine Erklärung oder ein Schweigen, einzuordnen ist.

2. Beiratsordnungen

Angesichts dieser Unsicherheit spricht alles dafür, im Gesellschaftsvertrag selbst oder in einem Gesellschafterbeschluss eine Beiratsordnung zu erlassen. Die innerhalb des Beirats angelegten Konflikte werden wie im Gesellschaftsrecht üblich mit Regelungsmechanismen behandelt. Formalien der Einberufung, Vorbereitung und Abhaltung von Beiratssitzungen sind ebenso typisch wie das Prozedere zur Wahl eines Vorsitzenden⁴⁹ des Beirats und die Bestimmung seiner Aufgaben nach innen und als Vertreter des Beirats nach außen. Es geht auch um Mehrheitserfordernisse und die Protokollierung der Ergebnisse. Das wirkt – gerade dann, wenn man einem Familienunternehmer so etwas vorschlägt – umständlich, unflexibel, unnötig kompliziert und formaljuristisch⁵⁰. Es

dient aber der Konfliktvermeidung und damit der Sicherung der Funktionsfähigkeit eines Beirats.

VII. Zusammenfassung

Beiräte in Familienunternehmen sind – ungeachtet der hier aufgezeigten kritischen Aspekte – ein Erfolgsmodell. Ihr Wirken ist wissenschaftlich noch wenig erforscht⁵¹ und letztlich auch nur schwer erforschbar. Das gelungene Rollenspiel, der vermiedene oder gut gelöste Konflikt sind unspektakulär und letztlich nicht belegbar. Wer nicht sehr nahe an einer Weichenstellung und der Entscheidungsvorbereitung auf dem Weg dorthin beteiligt ist, wird nicht sehen können, in welchem Umfang ein Beirat zur Konfliktvermeidung beigetragen hat. Ob und in welcher Form ein Beirat eingerichtet wird, bedarf der Abwägung im Einzelfall. Wie so oft ist eine differenzierte Betrachtungsweise unter Berücksichtigung aller Umstände angezeigt⁵². Die Situation des Unternehmens selbst, seiner Gesellschafter und seiner Geschäftsführung, die Spanne der Aufgaben, die Erfüllbarkeit der Anforderungen, die personelle Besetzung des Beirats – das alles muss gründlich geprüft, sorgfältig festgelegt und vor allem angemessen kommuniziert werden. Dann wird ein solcher auf das jeweilige Unternehmen und seine Gegebenheiten zugeschnittener Beirat einen wichtigen Beitrag auch zur Konfliktvermeidung leisten.

* Prof. Dr. *Martin Erker* ist Rechtsanwalt und Partner bei CMS Hasche Sigle in München. Der Autor dankt Frau *Anna Lutz-Bachmann*, Maître en Droit, M.A. und Frau *Dr. Astrid Roesener* für die wertvolle Unterstützung.

1 Ein Überblick bei *Obermayer*, JZ 1984, 857.

2 Grundlegend dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 60.

3 *Hennerkes*, in: *Hennerkes/Kirchdörfer* (Hrsg.), Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl., 1998, S. 2.

4 *Hennerkes*(Fn.3), S. 3.

5 *May*, in: *Hennerkes/Kirchdörfer* (Hrsg.) (Fn. 3), S. 361.

6 *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, 2013, S. 279.

- 7 Zu verschiedenen möglichen Schwerpunkten *Wicke*, ZGR 2012, 450, 467 ff.
- 8 Vgl. nur §§ 76, 84, 111 AktG.
- 9 Kritisch dazu *Hennerkes/Binz*, DB 1987, 469, 470 f.
- 10 Dazu näher *Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht, 2000, S. 32 ff.; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, 1. Aufl., 2012, § 52 Rn. 671 ff.; *Schäfer*, in: Staub, HGB, Bd. 3, 5. Aufl., 2009, § 109 Rn. 51 ff.; *Wedemann* (Fn.6), S. 304 ff.
- 11 Vgl. *Terberger*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 1998, S. 41 ff.
- 12 Vgl. *Ruter/Thümmel*, Beiräte in mittelständischen Familienunternehmen, 2. Aufl., 2009, S. 5; *May* (Fn. 5), S. 364; *Buth*, DStR 1996, 597.
- 13 *Wedemann* (Fn.6), S. 275 mit umfangreichen weiteren Nachweisen.
- 14 Vgl. *Wälzholz*, DStR 2003, 511, 512; *Ruter/Thümmel* (Fn. 12), S. 40.
- 15 So auch *Vogler*, Die Aufgaben des Beirats im Familienunternehmen unter Berücksichtigung rechtlicher Aspekte, 1990, S. 174, 177 f.
- 16 So auch *Wicke*, ZGR 2012, 450, 469; eher offen, letztlich aber auch skeptisch *May* (Fn. 5), S. 364.
- 17 Vgl. § 1 Abs. 2 MediationsG; näher zum Begriff des Mediators *Ulrici*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Aufl., 2013, § 1 MediationsG Rn. 8 ff.
- 18 *May* (Fn. 5), S. 364.
- 19 Vgl. nur *Ruter/Thümmel* (Fn. 12), S. 79 ff.; *Terberger* (Fn. 11), S. 174 f.; *Peltzer*, in: FS Sigle, 2000, S. 103 ff.; *Sigle*, NZG 1998, 619, 621 f.; *Hinterhuber/Minrath*, BB 1991, 1201, 1207 f.; *Hennerkes/Binz* (Fn. 9), 469, 474.
- 20 *May* (Fn. 5), S. 374, hält das für die wichtigsten aller Beiratsqualifikationen.
- 21 *Sigle*, in: FS Rowedder, 1994, S. 459, 472.
- 22 Diesen Aspekt betont auch *Terberger* (Fn. 11), S. 174 f.
- 23 Zum Ein-Personen-Beirat *Wedemann* (Fn. 6), S. 293 f.
- 24 Siehe dazu *Terberger* (Fn. 11), S. 83; *May* (Fn. 5), S. 362.
- 25 Vgl. *Ruter/Thümmel* (Fn. 12), S. 79; *May* (Fn. 5), S. 374.
- 26 *Wälzholz*, DStR 2003, 511, 512.
- 27 Vgl. § 903 Satz 1 BGB.
- 28 So auch schon *Hennerkes/Binz* (Fn. 9), 469.
- 29 *Wedemann* (Fn. 6), S. 299.
- 30 Vgl. *Vogler* (Fn. 15), S. 196.
- 31 Zur Vergütung von Beiräten siehe *Ruter/Thümmel* (Fn. 12), S. 124 ff.

- 32 Zur Beihilfe zur Insolvenzverschleppung BGH NJW 2005, 3137.
- 33 So bereits *Hennerkes/Binz* (Fn. 9), 469, 474.
- 34 Vgl. MünchKomm/GmbHG/*Spindler* (Fn. 10), § 52 Rn. 690; *Bayer*, in: FS Schneider, 2011, S. 75, 83; a.A. z.T. sogar für Geschäftsführer *Jungmann*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 831, 846 ff.
- 35 *Wedemann* (Fn. 6), S. 299 f. m.w.N.; allgemein zur Auskunft im Anspruchssystem, *Heermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 6. Aufl., 2012, § 675 Rn. 114 ff.
- 36 Vgl. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.
- 37 Vgl. BGH CCZ 2013, 174; BGH NJW 1997, 1926; LG Essen NZG 2012, 1307; zum GmbHGeschäftsführer BGH DStR 2008, 1839.
- 38 Vgl. BGH DStR 2007, 354; BGH NJW 1983, 1675; BGH NJW 1978, 425; BGH WM 1977, 1221; BGH NJW 1975, 1318.
- 39 Vgl. *Mutter*, in: Gummert/Weipert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2,
- 40 So auch *Voormann* (Fn.39), S. 189 ff.; *Wicke*, ZGR 2012, 450, 470 f.
- 41 Dazu näher *Ruter/Thümmel* (Fn.12), S. 115, 117.
- 42 *Wedemann* (Fn. 6), S. 301 m.w.N.
- 43 Letzteres setzen auch die Versicherungsbedingungen für die D&O-Versicherung voraus, vgl. *Lange*, DStR 2002, 1674, 1675.
- 44 Etwa mit der nicht seltenen Formulierung im Gesellschaftsvertrag: „Der Beirat gibt sich seine Geschäftsordnung selbst“.
- 45 *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, 3. Aufl., 2008, § 108 Rn. 20; ausführlich zur diesbezüglichen Diskussion *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 ff.
- 46 So auch *Reichert*, in: Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl., 2005, § 18 Rn. 106; ähnlich *Voormann* (Fn. 39), S. 167; MünchHdb/GesR/*Mutter* (Fn. 39), § 8 Rn. 62.
- 47 Für das einzelne Aufsichtsratsmitglied vgl. nur etwa § 90 Abs. 3 Satz 2 AktG (Durchsetzung der Berichtspflichten), § 110 Abs. 1 Satz 1 AktG (Einberufungsverlangen).
- 48 So auch *Reichert* (Fn. 46), § 18 Rn. 102; unter Verweis auf § 32 Abs. 1 Satz 3 BGB für einfache Mehrheit *Ruter/Thümmel* (Fn. 12), S. 105; ohne nähere Begründung auch *Giedinghagen*, in: Michalski (Hrsg.), GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 52 Rn. 425.
- 49 Zur Bedeutung des Vorsitzenden *Ruter/Thümmel* (Fn. 12), S. 102.
- 50 In diese Richtung auch *Peltzer* (Fn. 19), S. 93, 96 f.; unregelmäßige oder vereinfachte Verfahren mögen zweckmäßig sein, um alle Beteiligten an die Existenz und Rolle eines Beirats zu gewöhnen. Spätestens im zweiten Schritt empfiehlt sich aber eine

klare und deshalb (internen) Streit vermeidende Regelung.

51 So auch der Befund von *Wedemann* (Fn. 6), S. 279.

52 *May* (Fn. 5), S. 368 f.; *Peltzer* (Fn. 19), S. 98 ff.

Konfliktvermeidender Minderheitenschutz durch Satzungsgestaltung

– Überlegungen zum Recht der GmbH –

DIRK A. VERSE*

I. Ausgangspunkt: Zur Bedeutung der Konfliktvermeidung durch Satzungsgestaltung

„Streit ist der größte Wertvernichter in Familienunternehmen“ – Sätze wie diesen liest man häufig in der einschlägigen Literatur¹. In der Tat wird niemand bestreiten, dass Auseinandersetzungen zwischen den Gesellschaftern gerade in personalistischen Gesellschaften wie Familienunternehmen oftmals besonders erbittert ausgefochten werden, nicht selten mit verheerenden Folgen für die jeweiligen Unternehmen.

Diese besondere Streitanfälligkeit beruht vielfach auch und gerade auf den engen persönlichen Beziehungen der Beteiligten. Eine Zerrüttung des persönlichen Verhältnisses strahlt auf das Gesellschaftsverhältnis ab; offene Rechnungen werden in der Gesellschafterversammlung beglichen². Hinzu kommt, dass die Gesellschafter in personalistischen Gesellschaften typischerweise durch Anteilsvinkulierung „eingemauert“ sind, ihnen also – neudeutsch formuliert – keine Exit-Option eröffnet ist³. Das führt dazu, dass unzufriedene (Minderheits-) Gesellschafter nicht einfach wie in einer börsennotierten AG das Weite suchen können, sondern Konflikte innerhalb der Gesellschaft ausgetragen werden. Begünstigt wird die Streitanfälligkeit nicht zuletzt durch den Umstand, dass die Innenrechtsbeziehungen der Gesellschafter in der GmbH, aber auch in den Personengesellschaften nur rudimentär gesetzlich geregelt sind.

Angesichts dieser gesteigerten Konflikthanfälligkeit ist es in geschlossenen Gesellschaften von besonderer Bedeutung, Vorkehrungen zu treffen, um Konflikte möglichst gar nicht erst aufkommen zu lassen und sie dort, wo sie doch entstehen, möglichst effizient wieder aus der Welt zu schaffen. Das ist selbstverständlich nicht nur ein rechtliches Thema; dass sich viele

Konflikte schon im Ansatz besser durch zwischenmenschliche Kontaktpflege als durch juristische Regeln vermeiden und lösen lassen, liegt auf der Hand. Rechtlich unverbindliche Regelwerke wie Familienverfassungen (Familienchartas) mögen daher wertvolle Instrumente sein; ihre Vorzüge werden nicht nur in der deutschen, sondern auch in der US-amerikanischen Literatur besonders gepriesen⁴. Aber ebenso klar sollte sein, dass auch der Gesellschaftsvertrag oder eine Gesellschaftervereinbarung einiges zur Konfliktprävention und Konfliktlösung beitragen kann.

Dieses Potenzial der Konfliktvermeidung durch Vertragsgestaltung wird bisher aber offenbar nur sehr unvollständig genutzt. Zu diesem Ergebnis kommt jedenfalls eine unlängst erschienene Habilitationsschrift, die in Hamburg am Max-Planck-Institut und an der Bucerius Law School entstanden ist. Die Autorin, *Frauke Wedemann*, hat in einer empirischen Studie, auf die ich im weiteren Verlauf immer wieder zurückkommen werde, u.a. 200 Gesellschaftsverträge von Mehrpersonen-GmbHs ausgewertet, die in diversen bayerischen Amtsgerichtsbezirken (Augsburg, Bayreuth, Regensburg und Würzburg) im Jahr 2011 infolge von Gründung, Sitzverlegung oder Umwandlung neu eingetragen wurden⁵. Das Fazit der Studie ist ernüchternd: In der GmbH-rechtlichen Vertragspraxis bestehe – so wörtlich – „großer Nachholbedarf“; selbst typische Konfliktfelder würden häufig nur unzureichend antizipiert und geregelt⁶.

Diese herbe Kritik an der gängigen Vertragspraxis wird man insofern relativieren müssen, als der im Handelsregister einsehbare Gesellschaftsvertrag der GmbH nicht selten durch eine schuldrechtliche, nicht öffentlich zugängliche Gesellschaftervereinbarung ergänzt wird. In dieser wird dann mitunter auch der Minderheitenschutz differenzierter geregelt als im Gesellschaftsvertrag. Wenn man zu einer vollständigen empirischen Aussage zur Vertragspraxis gelangen wollte, müsste man daher auch die Gesellschaftervereinbarungen mit erfassen (was freilich schwer möglich ist, weil diese nicht publik sind). Hinzu kommt, dass die Konzentration der Studie auf neu eingetragene Gesellschaften kein ganz repräsentatives Bild ergibt, liegt doch die Annahme nahe, dass der Gesellschaftsvertrag in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen im Lauf der Zeit (und bei wachsender Unternehmensgröße) nachträglich noch

verfeinert wird. Aber trotz dieser Vorbehalte ist es als Tendenzaussage sicherlich richtig, dass das Potenzial der Konfliktvermeidung durch Vertragsgestaltung vielerorts nicht hinreichend genutzt wird; ich werde darauf noch ausführlich zurückkommen.

Aber was sollte man zur Konfliktvermeidung und zur Konfliktlösung konkret regeln? Es versteht sich, dass auch die vorausschauendste Vertragsgestaltung nicht annähernd alle Eventualitäten bedenken kann, die sich im Lauf des Lebens einer Gesellschaft einstellen. Der Gesellschaftsvertrag ist – rechtsökonomisch gesprochen – ein notwendig unvollständiger Vertrag⁷. Gleichwohl gibt es eine Reihe von typischen Fragen, die für einen Konflikt der Gesellschafter besonders anfällig sind und daher eine Regelung besonders nahe legen. Auf einige ausgewählte Fragen möchte ich im Folgenden am Beispiel der GmbH und unter dem speziellen Blickwinkel des Minderheitenschutzes näher eingehen. Dabei will ich den Blick zunächst auf mögliche Satzungsregelungen zur Konfliktprävention (II.) und sodann auf solche zur Konfliktlösung (III.) lenken. Im dritten Teil meines Referats schließlich möchte ich die Frage stellen, ob nicht flankierend auch der Gesetzgeber Maßnahmen ergreifen könnte und sollte, um zur Konfliktvermeidung beizutragen (IV.).

II. Konfliktprävention durch Satzungsgestaltung

Beginnen wir mit den Möglichkeiten der Satzungsgestaltung im Bereich der Konfliktprävention. Aus der Perspektive des Minderheitenschutzes, um die es hier geht, steht dabei die Prävention eines Missbrauchs der Mehrheitsmacht im Vordergrund. Das dispositive GmbH-Recht stattet die Gesellschaftermehrheit bekanntlich mit einer großen Machtfülle aus. Diese Mehrheitsmacht effektiv und zugleich in einer für die Mehrheit akzeptablen Weise einzuhegen, ist eine ausgesprochen anspruchsvolle kautelarjuristische Aufgabe. Ich möchte mich dieser Aufgabe induktiv nähern, indem ich exemplarisch fünf typische Konfliktfelder herausgreife, die ausweislich in der Rechtsprechung besonders häufig zu Rechtsstreitigkeiten führen und daher im Interesse der Konfliktprävention besonders regelungsbedürftig sind.

1. Gewinnverwendung (Schutz vor „Aushungern“ der Minderheit)

Eine erste, nachgerade klassische Konfliktsituation zwischen Mehrheit und Minderheit, welche die Gerichte immer wieder beschäftigt, ist das „Aushungern“ der Minderheit durch übermäßige Gewinnthesaurierung. Typischerweise geht es dabei um Fälle, in denen die Gesellschaftermehrheit bereits auf anderem Weg, etwa durch Bezüge als Geschäftsführer, Leistungen der Gesellschaft bezieht und daher nicht im gleichen Maße auf Ausschüttungen angewiesen ist wie die Minderheit. Die Rechtsprechung zieht übermäßigen Thesaurierungen zwar mithilfe der mitgliedschaftlichen Treuepflicht Grenzen⁸. Aber diese Grenzen sind weit gezogen, und wo sie im Einzelfall exakt liegen, vermag vor dem Richterspruch niemand zu sagen. Folglich drängt sich eine Regelung hier geradezu auf; ohne sie ist die Saat für Streitigkeiten bereits gelegt⁹.

Wie man diese Frage angemessen regeln kann, ist den Gesellschaftsrechtlern hinlänglich bekannt. Die Hand- und Formularbücher empfehlen nahezu einmütig Klauseln, die eine Mindestausschüttung eines bestimmten Prozentsatzes des Jahresergebnisses vorsehen, gegebenenfalls in Kombination mit einer Regelung, die zusätzlich eine moderate Mindestthesaurierung vorsieht¹⁰. Man sollte meinen, dass sich über solche Regelungen nicht allzu schwer Einvernehmen erzielen lassen sollte. Die eingangs erwähnte empirische Studie von Frau *Wedemann* hat aber – ich muss gestehen: zu meiner Überraschung – ergeben, dass gerade einmal 4 % der untersuchten Gesellschaftsverträge von Mehrpersonen-GmbHs derartige Klauseln vorsehen, während der Rest der Mehrheit freie Hand lässt¹¹. Hier besteht also offenbar in der Tat kautelarjuristischer Nachholbedarf.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang ein Problem angesprochen, das von den in den Formularbüchern vorgeschlagenen Klauseln nicht mit abgedeckt wird: die Gewinnthesaurierung im Konzern. Wenn Gewinne in Tochtergesellschaften anfallen, dort aber auf Betreiben der Mehrheit thesauriert werden und daher gar nicht in der Obergesellschaft ankommen, hilft eine Mindestausschüttungsklausel in der Obergesellschaft für sich allein wenig. Auch hier kann man zwar notfalls wieder die Treuepflicht zur Lösung bemühen¹². Vorzugswürdig und konfliktvermeidend wäre allerdings auch insoweit eine klare vertragliche Regelung¹³.

2. *Related party transactions (Schutz vor verdeckten Vermögenszuwendungen)*

Ein weiteres zentrales Konfliktfeld bilden naturgemäß *related party transactions*, also Geschäfte, welche die GmbH mit der Gesellschaftermehrheit oder dieser nahestehenden Personen abschließt. Der Streit um die Frage, ob die Konditionen solcher Verträge einem Drittvergleich standhalten oder auf eine verdeckte Vermögenszuwendung hinauslaufen, gehört zu den Dauerbrennern der gesellschafts- und steuerrechtlichen Rechtsprechung. Besonders gern wird um die Angemessenheit der Geschäftsführervergütung (nebst Versorgungszusagen) gestritten, die die Gesellschaftermehrheit bezieht¹⁴. Hier befindet sich die Minderheit in einer besonders prekären Situation, da der Mehrheitsgesellschafter bei der Beschlussfassung über seinen eigenen Anstellungsvertrag nach h.M. keinem Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 GmbHG unterliegt¹⁵. Aber auch der sonstige Leistungsverkehr mit Gesellschaftern und ihnen nahestehenden Personen führt immer wieder zu gerichtlichen Auseinandersetzungen¹⁶.

Gemessen daran, dass hier ein äußerst konfliktträchtiges Feld liegt, nimmt sich die kautelarjuristische Vorsorge zumeist sehr bescheiden aus. Im Regelfall wird der Leistungsverkehr mit Gesellschaftern in den GmbH-Satzungen gar nicht thematisiert. Auch die Formularbücher schweigen meist; sofern sie überhaupt Klauseln empfehlen, erschöpfen sich diese im Wesentlichen in dem Hinweis, dass Geschäfte mit Gesellschaftern einem Drittvergleich standhalten müssen, soweit nicht alle Gesellschafter einer Abweichung zustimmen¹⁷. Da sich diese Aussage bereits aus allgemeinen Grundsätzen (namentlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Treuepflicht) ergibt¹⁸, ist dieser Hinweis indes deklaratorischer Natur.

Sowohl aus Sicht des Minderheitenschutzes als auch unter dem Aspekt der Konfliktprävention kann es aber schwerlich befriedigen, bei dem Hinweis auf die gesetzliche Rechtslage stehen zu bleiben. Belässt man es dabei, fehlt es aus Sicht der Minderheit an einer verlässlichen Vorabkontrolle der Ausgewogenheit von *related party transactions*. Sofern die Minderheit nicht selbst der Geschäftsführung angehört, ist nicht einmal gesichert, dass sie von dem betreffenden Geschäft überhaupt erfährt.

Es liegt daher im Interesse eines konfliktpräventiven Minderheitenschutzes, möglichst schon vorab für Transparenz zu sorgen und Mechanismen zu schaffen, die den bei derartigen Geschäften mit

Händen zu greifenden Interessenkonflikt auflösen. Denkbar wäre etwa eine Regelung, die den Abschluss von Drittgeschäften mit Gesellschaftern und ihnen nahestehenden Personen unter den Vorbehalt stellt, dass sämtliche Gesellschafter vorab zustimmen müssen¹⁹. Das damit verbundene Risiko einer Blockade durch die Minderheit ließe sich z.B. durch eine Regelung abfangen, nach der die Zustimmung als erteilt gilt, sobald ein im Gesellschaftsvertrag festgelegter Schiedsgutachter die Angemessenheit der Konditionen bestätigt hat²⁰. Denkbar wäre auch, die Entscheidung einem Beirat zu überlassen, sofern dieser Beirat neutral besetzt ist, das heißt nicht nur mit den Stimmen der Mehrheit, sondern einvernehmlich gewählt worden ist. Mit vergleichbaren Schutzmechanismen ließe sich auch der Gefahr überhöhter Geschäftsführerbezüge effektiv entgegenwirken.

3. Beteiligung der Minderheit an der Geschäftsführung

Ein dritter Regelungskomplex, der großen Zündstoff für Konflikte zwischen den Gesellschaftern birgt, ist die Besetzung der Geschäftsführung. Unterbleibt eine vertragliche Vorsorge, kann die Mehrheit auch hier frei schalten und walten; sie kann also einem Minderheitsgesellschafter die Mitwirkung an der Geschäftsführung verwehren und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer jederzeit abberufen (§§ 46 Nr. 5, 47 Abs. 1, 38 Abs. 1 GmbHG). In einem vom BGH entschiedenen Fall hat dies dazu geführt, dass in einer GmbH von zwei Brüdern, die zwanzig Jahre lang gemeinsam die Geschäfte ihrer GmbH geführt hatten, der mit 51 % beteiligte Bruder auf einmal geringfügige Vorfälle zum Anlass nahm, den anderen vom einen Tag auf den anderen abzuberaufen²¹.

In dem konkreten Fall hat der BGH dem verstoßenen Bruder zwar geholfen, indem er die Abberufung wegen der besonderen Umstände als treuepflichtwidrig angesehen hat. Ein vorausschauender Minderheitsgesellschafter wird sich darauf aber nicht verlassen, sondern sich ein entsprechendes Sonderrecht ausbedingen²²; in diesem Fall kann er nur noch aus wichtigem Grund abberufen werden²³. Unter dem Aspekt der Konfliktprävention ist ein solches Sonderrecht freilich ambivalent, da es die Zusammenarbeit mit einem Gesellschafter-Geschäftsführer auch dann

perpetuiert, wenn dieser mit den übrigen Geschäftsführern nicht mehr harmoniert²⁴. In Fällen, in denen ein neutral besetzter Beirat besteht, kommt daher als Alternative auch in Betracht, diesem die Personalkompetenz zu übertragen.

Wird ein Sonderrecht für die Geschäftsführung vorgesehen, sollte eine vorausschauende Satzungsgestaltung unbedingt auch dessen zeitliche Begrenzung bedenken. Namentlich sollte man auch in Zeiten des AGG an eine Altersgrenze denken und klarstellen, dass es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt, das nicht auf Rechtsnachfolger übergeht²⁵.

4. Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen

Aus Sicht der Minderheit besonders wichtig ist ferner der Schutz vor unerwünschten Satzungsänderungen und insbesondere Kapitalmaßnahmen. Das GmbH-Gesetz lässt bekanntlich auch für diese grundlegenden Beschlüsse die qualifizierte Mehrheit genügen, sofern die Satzung keine strengeren Anforderungen stellt (§ 53 Abs. 2 GmbHG). Diese Regelung mag uns heute selbstverständlich erscheinen, sie verdankt ihre Existenz aber einem Anschauungsirrtum des historischen Gesetzgebers von 1892. Ausweislich der Materialien ging der Gesetzgeber seinerzeit davon aus, dass die GmbH im Regelfall eine „größere Mitgliederzahl“ haben werde; nur deshalb hielt er das Einstimmigkeitserfordernis für zu schwerfällig²⁶. Wie wir heute wissen, haben sich die Dinge rechtstatsächlich ganz anders entwickelt. Nur ein extrem niedriger Prozentsatz von GmbHs – weniger als 1 % – hat mehr als fünf Gesellschafter²⁷.

Bei einer derart kleinen Mitgliederzahl liegt es nicht fern, das qualifizierte Mehrheitserfordernis für Satzungsänderungen sowie Kapital- und Strukturmaßnahmen durch das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter zu ersetzen. In den Formularbüchern wird dies zum Schutz der Minderheit auch verschiedentlich empfohlen²⁸. Unter dem Aspekt der Konfliktprävention ist das Einstimmigkeitserfordernis freilich eine zweischneidige Sache, da im Ergebnis ein potenzieller Konfliktherd durch einen anderen ersetzt wird: Wo vorher Streit um einen Missbrauch der Mehrheitsmacht drohte, droht nun Streit um eine missbräuchliche

Blockade²⁹.

Als vermittelnde Lösung mag man daher differenzierende Gestaltungen in Betracht ziehen, die nach dem Gefährdungsgrad für die Minderheit abstufen. So wird z.B. für Kapitalerhöhungen mitunter empfohlen, nur bei einem Bezugsrechtsausschluss das gesetzliche Mehrheitserfordernis anzuheben, nicht aber bei Kapitalerhöhungen mit Bezugsrecht³⁰. Eine solche Gestaltung kann das Risiko einer Blockade auch und gerade in Sanierungssituationen ein Stück weit reduzieren.

5. *Anteilsübertragung, Vinkulierung*

Ein konfliktträchtiges Feld, das bei jeder Gestaltung von GmbH-Gesellschaftsverträgen nicht nur, aber auch aus Sicht der Minderheit besondere Aufmerksamkeit verdient, bilden schließlich die Beschränkungen für die Anteilsübertragung. Das deutsche GmbH-Recht sieht zwar – anders als einige ausländische Rechtsordnungen³¹ – eine Vinkulierung nicht schon als dispositive gesetzliche Regelung vor. Die Vinkulierung ist aber in der Vertragspraxis absoluter Standard; die überwältigende Mehrheit der Mehrpersonen-GmbHs hat vinkulierte Anteile, und die wenigen Ausnahmen aus neuerer Zeit gehen offenbar zum Gutteil auf das Konto des Musterprotokolls³².

Unter dem Aspekt der Konfliktprävention sind freilich auch Vinkulierungen ambivalent. Sie wirken insofern konfliktverschärfend, als sie unzufriedenen Gesellschaftern den Ausstieg aus der Gesellschaft verwehren. Zugleich wirken sie aber auch konfliktpräventiv, indem sie das Eindringen unerwünschter Personen verhindern und – sofern die Vinkulierung auch Übertragungen an Mitgesellschafter erfasst – die Gesellschafter vor unerwünschten Verschiebungen der Machtverhältnisse schützen. Dieser konfliktpräventive Effekt wird gemeinhin als der gewichtigere angesehen³³.

Bei der konkreten Ausgestaltung der Vinkulierungsklausel ist aus Sicht der Minderheit insbesondere zu beachten, dass der veräußerungswillige Gesellschafter nach h.M. keinem Stimmverbot unterliegt, wenn über die Anteilsveräußerung abgestimmt wird³⁴. Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine Vinkulierungsklausel, die nur eine Zustimmung mit einfacher

Mehrheit verlangt, dem Mehrheitsgesellschafter einen Freibrief für die Veräußerung ausstellt. Aus Sicht der Minderheit ist es daher von großer Bedeutung, ein strengeres Mehrheitserfordernis und am besten Einstimmigkeit zu statuieren. Nach der eingangs erwähnten empirischen Studie trägt die Vertragspraxis dem aber nur bedingt Rechnung; danach knüpft nur gut die Hälfte der Vinkulierungsklauseln die Anteilsübertragung an das Erfordernis der allseitigen Zustimmung³⁵.

Auf die zahlreichen Einzelfragen, die sich rund um die Formulierung der Vinkulierungsklausel ergeben, kann ich hier nicht eingehen. Hingewiesen sei aber darauf, dass eine umsichtige Vertragsgestaltung auch die Gefahr einer Umgehung der Vinkulierung ins Auge fassen sollte. Diese Gefahr besteht insbesondere bei *mittelbaren* Anteilsübertragungen. Die Vinkulierung eines Geschäftsanteils hilft nämlich wenig, wenn der Geschäftsanteil von einer Beteiligungsgesellschaft gehalten wird und eines Tages die Anteile an dieser Beteiligungsgesellschaft weitergereicht werden, der GmbH-Geschäftsanteil also mittelbar doch übertragen wird. Solche Fälle haben die Gerichte verschiedentlich beschäftigt³⁶.

Schutz bietet in diesen Fällen vor allem eine Klausel, die im Fall eines *change of control* in der Beteiligungsgesellschaft die Einziehung oder Zwangsübertragung des Geschäftsanteils gestattet³⁷. In gleicher Weise pflegt man sich bekanntlich auch sonst zu behelfen, wenn die Vinkulierung an ihre Grenzen stößt, wie im Fall der Zwangsvollstreckung in einen Geschäftsanteil oder bei Insolvenz oder Tod eines Gesellschafters³⁸. Im Unterschied zu diesen Fällen wird das Problem der mittelbaren Anteilsübertragung jedoch in der großen Mehrzahl der Gesellschaftsverträge von Mehrpersonen-GmbHs nicht behandelt. Die schon mehrfach angesprochene Studie von Frau *Wedemann* bescheinigt der Vertragspraxis daher auch in diesem Punkt „erheblichen Nachholbedarf“³⁹.

6. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis dieses – zugegeben nur kursorischen Überblicks über einige zentrale Konfliktfelder – lässt sich festhalten: Die im GmbH-Recht gegebene Gestaltungsfreiheit ermöglicht ein breites Spektrum an Möglichkeiten, einem Missbrauch der Mehrheitsmacht präventiv zu

begegnen. Allerdings wird dieses Gestaltungspotenzial offenbar bisher nur unzureichend genutzt.

Auf mögliche Konsequenzen, die sich aus diesem Befund ergeben, wird noch zurückzukommen sein. Zuvor will ich mich aber dem zweiten Teil meines Referats zuwenden: den Möglichkeiten der Satzungsgestaltung im Bereich der *Konfliktlösung*, also der Bewältigung eines bereits ausgebrochenen Gesellschafterkonflikts.

III. Konfliktlösung durch Satzungsgestaltung

Auch in diesem Bereich bietet die GmbH-rechtliche Gestaltungsfreiheit vielfältige Optionen. Zu denken ist dabei insbesondere an Regelungen zur alternativen Streitbeilegung, namentlich an Mediations- und Schiedsklauseln, sowie an Regelungsmechanismen, die im Streitfall eine möglichst reibungsfreie Beendigung der Zusammenarbeit ermöglichen sollen. Auch hier kann ich nur auf einige ausgewählte Aspekte eingehen.

1. Regelungen zur alternativen Streitbeilegung

a) Mediationsklauseln

Was zunächst Mediationsklauseln anbetrifft, so halten diese die Gesellschafter dazu an, bei Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis erst dann Klage vor einem staatlichen Gericht (oder einem Schiedsgericht) zu erheben, wenn sie zuvor erfolglos einen Mediationsversuch unternommen haben⁴⁰. Unter Mediation versteht man bekanntlich ein Verfahren, in dem die Konfliktparteien mithilfe eines neutralen Dritten (des Mediators) versuchen, eine gütliche Lösung zu erarbeiten (§ 1 Abs. 1 MediationsG). Von einem Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren unterscheidet sich diese Art der Streitbeilegung primär dadurch, dass der Mediator keinerlei Entscheidungsbefugnis besitzt (§ 1 Abs. 2 MediationsG). Er kann die Parteien also nur zu einer einvernehmlichen Lösung anleiten (die regelmäßig in einem Vergleich gemäß § 779 BGB festgehalten wird), ihnen aber keine Entscheidung aufzwingen.

Die Mediation bietet auch und gerade für die Lösung von Gesellschafterkonflikten eine Reihe von Vorteilen. Insbesondere ist das

Verfahren nicht-öffentlich; zudem ist es normalerweise erheblich schneller abgeschlossen als ein Gerichtsverfahren⁴¹. Von Fällen mit niedrigen Streitwerten abgesehen ist es – sofern die Mediation nicht scheitert – zudem kosteneffizienter als ein Gerichtsverfahren⁴². Nicht zuletzt bietet es die Chance zu einer umfassenderen Lösung des Konflikts, als dies in Gerichtsverfahren mit ihrer Begrenzung auf einen festgelegten Streitgegenstand typischerweise möglich ist⁴³. Zwar besteht inzwischen auch die Möglichkeit einer gerichtsweginternen Mediation im Rahmen eines Rechtsstreits vor den ordentlichen Gerichten; doch muss man sehen, dass der Streit dann schon eine höhere Eskalationsstufe erreicht hat⁴⁴.

Trotz dieser Vorzüge sind Mediationsklauseln für die Beteiligten nicht ohne Risiko. Scheitert die Mediation, sind dafür aufgewandte Zeit und Kosten verloren⁴⁵, und es muss dann doch noch ein Rechtsstreit geführt werden. Da aus der Praxis jedoch von hohen Erfolgsquoten der Mediation berichtet wird – die Rede ist von etwa 70-80 %⁴⁶ –, bleibt die Aufnahme einer Mediationsklausel in den Gesellschaftsvertrag eine durchaus erwägenswerte Gestaltungsoption. Bisher macht die Vertragspraxis davon aber nur sehr zurückhaltend Gebrauch; in der Studie von Frau *Wedemann* waren es 0,5 % der neu eingetragenen Mehrpersonen-GmbHs⁴⁷.

Die Mediation eignet sich grundsätzlich auch für Beschlussmängelstreitigkeiten. Bei der Formulierung der Mediationsklausel muss man dann allerdings dafür Sorge tragen, dass die Anfechtungsfrist nicht während der Mediation ablaufen kann. Die in den Formularbüchern vorgeschlagenen Klauseln schieben das Ende der Anfechtungsfrist daher entsprechend auf⁴⁸. Dabei wird allerdings zumeist übersehen, dass dieser Fristaufschub im Bereich des Umwandlungsrechts nicht funktioniert, da hier die Monatsfrist für Beschlussmängelklagen nach den §§ 14 und 195 UmwG auch in der GmbH zwingend ist⁴⁹. In diesem Sonderfall sollte die Mediationsklausel daher ausnahmsweise doch die sofortige Klageerhebung zulassen⁵⁰.

b) Schiedsklauseln

Nur kurz ansprechen möchte ich Schiedsklauseln. Die Vor- und Nachteile von Schiedsverfahren im Vergleich zu Verfahren vor staatlichen Gerichten

sind hinlänglich bekannt⁵¹: Auf der Habenseite steht auch hier die Nicht-Öffentlichkeit des Verfahrens, ferner die Aussicht, dass die Sache (vorbehaltlich der eng begrenzten Möglichkeit eines Aufhebungsantrags nach § 1059 ZPO) in einer einzigen Instanz entschieden wird⁵². Häufig betont wird auch die besondere Sachkunde der ausgewählten Schiedsrichter, die freilich je nach Zuständigkeit und Spezialisierung auch bei staatlichen Gerichten nicht unbedingt geringer ausfallen muss. Unter Kostengesichtspunkten ist eine Schiedsklausel dagegen nicht frei von Risiko, da sich Kostenvorteile erst bei hohen Streitwerten einstellen⁵³. So ist erst bei einem Streitwert von etwa € 4 Mio. ein Schiedsverfahren günstiger als ein über zwei Instanzen geführter Prozess vor den staatlichen Gerichten⁵⁴. Dies dürfte gerade für kleinere Unternehmen ein nicht unwesentlicher Aspekt sein, der mit dazu beiträgt, dass Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen von Mehrpersonen-GmbHs nach wie vor (sehr) selten vorkommen⁵⁵.

Entscheidet man sich für eine Schiedsklausel, so kann die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auch auf Beschlussmängelstreitigkeiten erstreckt werden, wie wir seit einem Urteil des BGH aus dem Jahr 2009 wissen⁵⁶. Der BGH hat dabei zwar strenge Anforderungen gestellt, um einen dem Verfahren vor den staatlichen Gerichten vergleichbaren Minderheitenschutz zu gewährleisten⁵⁷. Diesen Anforderungen lässt sich aber unschwer Rechnung tragen, indem man in der Schiedsklausel etwa auf das Regelwerk der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) Bezug nimmt, das in Reaktion auf das BGH-Urteil eigens um entsprechende Regeln ergänzt worden ist⁵⁸.

2. *Mechanismen zur Beendigung der Zusammenarbeit*

Nicht zuletzt muss eine auf effiziente Konfliktlösung bedachte Vertragsgestaltung stets auch die Frage bedenken, wie mögliche Ausstiegsoptionen und Mechanismen zur Beendigung der Zusammenarbeit im Gesellschaftsvertrag auszugestalten sind.

a) Austrittsrecht

Aus Sicht der Minderheit ist vor allem in Betracht zu ziehen, eine

Regelung zum Austritt aus der Gesellschaft in die Satzung aufzunehmen. Unterbleibt dies, ist der Austritt nur aus wichtigem Grund möglich⁵⁹. Die Vertragspraxis geht darüber aber häufig hinaus. Rund zwei Drittel der Gesellschaftsverträge von Mehrpersonen-GmbHs sehen ein ordentliches Austritts- bzw. Kündigungsrecht vor, und zwar häufig in der Form, dass der Austritt mit einer Frist von sechs Monaten zum Geschäftsjahresende erklärt werden kann⁶⁰. Für die Minderheitsgesellschafter haben derartige Regelungen den Vorzug, dass sie sich opportunistischem Verhalten der Gesellschaftermehrheit relativ leicht entziehen können. Zugleich ist die Aussicht, die Minderheit könne von dem Austrittsrecht Gebrauch machen, grundsätzlich geeignet, die Gesellschaftermehrheit zu disziplinieren; das Austrittsrecht hat insoweit auch eine präventive Komponente⁶¹.

Allerdings bringen ordentliche Austrittsrechte auch gravierende Nachteile mit sich, vor allem deshalb, weil die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Gesellschaft leidet, wenn sie ständig mit dem Risiko eines Liquiditätsabflusses durch Abfindung austretender Gesellschafter rechnen muss. Zudem werden ganz generell der Zusammenhalt und die Bereitschaft der Gesellschafter zu Investitionen beeinträchtigt, wenn die Zusammenarbeit jederzeit ohne größere Hürden aufgekündigt werden kann⁶². Häufig werden daher gute Gründe dafür sprechen, es bei dem „gesetzlichen“ Austrittsrecht aus wichtigem Grund zu belassen. Auch in diesem Fall wird es sich aber empfehlen, die im Einzelnen umstrittenen Modalitäten des Austritts in der Satzung näher zu regeln. Speziell aus Sicht des Minderheitenschutzes mag man etwa an eine Regelung denken, die den Eintritt der Abhängigkeit der Gesellschaft explizit als wichtigen Austrittsgrund definiert⁶³. Auf diese Weise würde ein die Vinkulierungsklauseln ergänzender Konzerneingangsschutz etabliert⁶⁴. Diese nach Lage des Einzelfalls durchaus erwägenswerte Gestaltungsoption wird aber bisher offenbar nicht oder kaum genutzt.

Im Interesse aller Beteiligten liegt es ferner, nicht nur die Modalitäten der Abfindungsberechnung und -zahlung möglichst genau festzulegen, sondern auch die Rechtsstellung des austrittswilligen Gesellschafters in der Übergangszeit zwischen Austrittserklärung und Vollzug des Austritts zu regeln. Hier stellt sich insbesondere die im Schrifttum umstrittene, in der Vertragspraxis aber nur selten berücksichtigte Frage, ob der

austrittswillige Gesellschafter in der Übergangszeit noch stimm- und gewinnberechtigt sein soll⁶⁵.

b) Ausschluss von Gesellschaftern

Ein wichtiger Konfliktlösungsmechanismus ist spiegelbildlich zum Austrittsrecht selbstverständlich auch die Möglichkeit, störende Gesellschafter zwangsweise aus der Gesellschaft zu entfernen. Klauseln zur Zwangseinziehung und zur Ausschließung nebst zugehörigen Abfindungsbestimmungen gehören denn auch zum Standardrepertoire der Vertragspraxis⁶⁶. Die Rechtsprechung schützt die Minderheit in diesem Zusammenhang bekanntlich vor allem dadurch, dass der Gesellschafterausschluss grundsätzlich an hinreichende Gründe gebunden sein muss (Verbot der freien „Hinauskündigung“)⁶⁷ und die Abfindung nur in Grenzen beschränkt werden kann⁶⁸.

Interessante neue Herausforderungen für die Kautelarpraxis ergeben sich in diesem Bereich aus einem viel diskutierten Grundsatzurteil, das der BGH vor nicht allzu langer Zeit zur Einziehung erlassen hat⁶⁹. In dieser Entscheidung hat der BGH die bisher herrschende „Bedingungslösung“ verworfen und anerkannt, dass der Einziehungsbeschluss nicht erst mit vollständiger Zahlung der Abfindung, sondern grundsätzlich sofort Wirksamkeit erlangt⁷⁰. Den von der Einziehung betroffenen Gesellschafter schützt der BGH nunmehr durch eine „Haftungslösung“: Der Ausgeschiedene hat zunächst – wie bisher – den Abfindungsanspruch gegen die GmbH; lässt sich dieser aber nicht durchsetzen, weil die GmbH über kein hinreichendes ungebundenes Vermögen i.S. des § 30 GmbHG verfügt, haften subsidiär die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter persönlich, sofern sie die Gesellschaft nicht auflösen.

Dieses Urteil wirft – nicht zuletzt, weil schon über den tragenden Grundgedanken der neuen Haftung keine Einigkeit besteht⁷¹ – eine Fülle von Fragen auf, die in einer wahren Flut von Besprechungsaufsätzen auch schon kontrovers diskutiert werden. Um nur einige Fragen zu nennen: Wer von den in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschaftern haftet? Nur diejenigen, die für die Einziehung gestimmt haben, oder auch diejenigen, die gegen die Einziehung waren oder sich enthalten haben⁷²? Wenn, was

wohl richtig ist, auch die dissentierenden haften, können diese im Innenverhältnis von den zustimmenden Gesellschaftern Freistellung Zug um Zug gegen Überlassung des ihnen angewachsenen Anteils verlangen⁷³? Welche Schritte muss der Ausgeschiedene unternehmen, um die subsidiäre Haftung der Gesellschafter auszulösen? Genügt allein das Ausbleiben der pünktlichen Abfindungszahlung durch die GmbH, oder welche weiteren Schritte sind nötig⁷⁴? Und gilt die Ausfallhaftung nur für die Einziehung oder – was der BGH offen gelassen hat, aber durchaus nahe liegt – auch für die Ausschließung aus wichtigem Grund⁷⁵?

Weitere offene Fragen ließen sich anfügen. Bis sie alle höchstrichterlich geklärt sind, werden Jahre vergehen. Eine auf Streitvermeidung angelegte Satzungsgestaltung sollte darauf nicht warten, sondern die aufgeworfenen Fragen schon jetzt regeln⁷⁶.

3. Zwischenergebnis

Als Ergebnis des zweiten Teils sei nach alledem festgehalten: Auch im Bereich der *Konfliktlösung* bietet die GmbH-rechtliche Gestaltungsfreiheit ein breites Spektrum von Regelungsoptionen. Die aktuelle Vertragspraxis setzt nahezu ausschließlich auf Beendigungsmechanismen und bei diesen bemerkenswert häufig auf ordentliche Austrittsrechte, obwohl es sich dabei wie dargelegt um ein nicht unproblematisches Instrument handelt. Hingegen bleiben Instrumente der alternativen Streitbeilegung, namentlich Mediations- und Schiedsklauseln, bisher weitgehend ungenutzt.

IV. Unterstützung der Satzungsgestaltung durch den Gesetzgeber

Die bisher getroffenen Feststellungen führen im dritten und letzten Teil meines Referats zu der Frage, ob der Gesetzgeber Maßnahmen ergreifen könnte oder sollte, um die Vertragspraxis dabei zu unterstützen, das bisher nur unzureichend genutzte Potenzial der Konfliktprävention und Konfliktlösung durch Satzungsgestaltung besser auszuschöpfen. In der Tat sprechen gute Gründe dafür – und das entspricht auch der Kernthese der eingangs angeführten Habilitationsschrift⁷⁷ –, dass der Gesetzgeber hier Einiges bewirken könnte. Im Wesentlichen kommen für ein Tätigwerden des Gesetzgebers zwei Instrumente in Betracht: Zum einen ein (moderater)

Ausbau des dispositiven GmbH-Rechts, um Vertragslücken vorzubeugen und die Vertragsgestaltung zu entlasten, und zum anderen die Einführung von obligatorischen Regelungsaufträgen an die Vertragsparteien.

1. Ausbau des dispositiven Rechts

Was zunächst den Ausbau des dispositiven GmbH-Rechts angeht, so sollte man sich von dieser Handlungsoption allerdings nicht zu viel versprechen. In vielen Bereichen sind die Verhältnisse schlicht zu heterogen, um tatsächlich eine dispositive Regelung zu normieren, die für die Mehrzahl der GmbHs angemessen ist. Um ein Beispiel zu geben: Es mag zwar eine für die Mehrzahl der Gesellschaften angemessene Regelung sein, die Entscheidung der Gewinnverwendung nicht allein in das Ermessen der Mehrheit zu stellen, sondern die Minderheit durch eine vom Jahresergebnis abhängige Mindestausschüttung zu schützen. Aber wie hoch diese Mindestausschüttung sein sollte – ob 4 %, 10 % oder 20 % des Jahresergebnisses –, hängt ganz von den Umständen des Einzelfalls ab und lässt sich daher schlecht in eine gesetzliche Regel gießen⁷⁸. Dass der Gesetzgeber im Aktienrecht trotzdem so verfährt (§ 254 Abs. 1 AktG), mag so sein, doch ist dort die Ausgangslage wegen der Satzungsstrenge eine ganz andere.

Allerdings will ich nicht in Abrede stellen, dass immerhin ein behutsamer Ausbau des dispositiven GmbH-Rechts durchaus möglich und auch sinnvoll wäre. Dort, wo die Verhältnisse hinreichend homogen sind und sich daher eine für die Mehrzahl der normtypischen personalistischen GmbHs angemessene Regelung formulieren lässt, sollte der Gesetzgeber diese im Interesse der Entlastung der Vertragsgestaltung im dispositiven Recht verankern⁷⁹. Erwägenswert wäre etwa eine dispositive Vorschrift zur Vinkulierung, welche die Übertragung der Geschäftsanteile wie in den Personengesellschaften von der Zustimmung aller Gesellschafter abhängig macht. In diesem Zusammenhang könnte der Gesetzgeber dann auch diejenigen Regelungen mit aufnehmen, die häufig flankierend zur Vinkulierung vorgesehen werden, also die Möglichkeit der Einziehung oder Zwangsabtretung in Fällen, in denen unerbetene Dritte in die Gesellschaft eindringen, wie bei Pfändung eines Geschäftsanteils, Insolvenz oder Tod eines Gesellschafters⁸⁰.

2. Regelungsaufträge

Vor allem aber sollte der Gesetzgeber in Betracht ziehen, das erwähnte Instrument des obligatorischen Regelungsauftrags stärker zu nutzen, d.h. einen gesetzlichen Katalog von Regelungsgegenständen zu formulieren, den die Vertragsparteien in jedem Fall abarbeiten müssen, wenn sie eine aus mehreren Personen bestehende GmbH gründen. Regelungsaufträge haben zuletzt insbesondere in der Diskussion um den – inzwischen wieder zurückgezogenen⁸¹ – Entwurf einer Verordnung über die Europäische Privatgesellschaft (SPE) Prominenz erlangt⁸². Das Konzept ist aber im Grunde keineswegs neu; im GmbH-Gesetz finden sich schon seit 1892 einige, wenn auch wenige Regelungsaufträge in § 3 Abs. 1 GmbHG. Die Erfüllung dieser Regelungsaufträge wird neben dem Notar durch das Registergericht kontrolliert; wenn die Parteien in der Satzung zu den in § 3 Abs. 1 GmbHG geforderten Punkten keine Regelung treffen, lehnt das Registergericht die Eintragung der GmbH ab (§ 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG).

In neuerer Zeit mehren sich die Stimmen, den bisher sehr schmalen Katalog der Regelungsaufträge zu erweitern⁸³. M.E. ist dies, sofern die zusätzlichen Regelungsaufträge auf Mehrpersonen-GmbHs beschränkt bleiben⁸⁴, in der Tat ein naheliegender Ansatz, um die Parteien dazu anzuhalten, bei Vertragsschluss der Konfliktprävention und Konfliktlösung stärkere Beachtung zu schenken als bisher. Durch Regelungsaufträge wird die Gestaltungsfreiheit der Parteien in keiner Weise tangiert, zugleich aber der nötige Anstoß gegeben, bestimmte neuralgische Punkte vorab zu regeln und auf diese Weise die Gefahr späterer Konflikte zu reduzieren. Richtig ist natürlich, dass sich durch zusätzliche Regelungsaufträge der Aufwand erhöht, den Gesellschaftsvertrag auszuhandeln. Aber wenn man den Einsatz von Regelungsaufträgen angemessen dosiert, dürfte sich dieser Nachteil in Grenzen halten⁸⁵ und der Vorteil einer effektiveren Konfliktvermeidung erheblich überwiegen⁸⁶.

Erwägenswert erscheinen Regelungsaufträge in einigen Punkten, die ich in meinem Referat angesprochen habe. Dazu gehören

- die Modalitäten der Gewinnverwendung⁸⁷,
- die Behandlung von *related party transactions*⁸⁸,

- eine Regelung, ob und gegebenenfalls welchen Gesellschaftern ein Sonderrecht auf Geschäftsführung zusteht⁸⁹,
- eine Bestimmung, ob von den gesetzlichen Mehrheitserfordernissen abgewichen werden soll und in bestimmten grundlegenden Angelegenheiten Vetorechte gelten sollen⁹⁰,
- die Modalitäten des Austrittsrechts⁹¹, der Einziehung von Geschäftsanteilen und der Ausschließung von Gesellschaftern⁹² sowie
- eine Regelung der Frage, ob von den Möglichkeiten der alternativen Streitbeilegung wie Mediation oder Schiedsverfahren Gebrauch gemacht wird⁹³.

Ob der Gesetzgeber sich eines Tages für einen Ausbau obligatorischer Regelungsaufträge erwärmen wird, bleibt abzuwarten. Die Diskussion hierzu steht erst am Anfang. Für den Moment bleibt nur der Appell an die Notare und sonstige in die Vertragsgestaltung einbezogene Rechtsberater, auch ohne expliziten Anstoß durch den Gesetzgeber die bestehenden Regelungsoptionen zur Konfliktprävention und -lösung umfassender als bisher zu nutzen.

V. Schlussbemerkung

Lassen Sie mich zum Schluss noch eine Bemerkung hinzufügen. Der Leitgedanke der hier vorgetragenen Überlegungen besteht darin, dass das reichhaltige Gestaltungspotenzial zur Konfliktprävention und Konfliktbewältigung in der Vertragspraxis nicht hinreichend genutzt wird und der Gesetzgeber daher erwägen sollte, namentlich durch Regelungsaufträge nachzuhelfen. Kurioserweise hat sich der Gesetzgeber aber mit dem MoMiG genau in die entgegengesetzte Richtung bewegt. Er hat die GmbH-Gründung mithilfe eines Musterprotokolls (§ 2 Abs. 1a GmbHG) nicht nur für die Einpersonen-GmbH, sondern auch für die Mehrpersonen-GmbH mit bis zu drei Gesellschaftern ermöglicht – und das, obwohl das Musterprotokoll nicht ansatzweise die Fragen regelt, die wir hier als besonders konfliktträchtig und regelungsbedürftig behandelt haben⁹⁴. Für die Verwendung dieses für Mehrpersonengesellschaften völlig unzureichenden Musterprotokolls setzt der Gesetzgeber bei Gründung von Unternehmergesellschaften sogar noch einen kostenrechtlichen Anreiz⁹⁵. Damit wird das glatte Gegenteil von dem

gefördert, was eigentlich nötig wäre. Anstatt die Parteien zu einer eingehenderen Regelung anzuhalten, werden sie verleitet, elementare Fragen ungeregelt zu lassen. Auf Konfliktvermeidung angelegte Gesetzgebung sieht anders aus.

-
- * Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und Direktor des Instituts für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens.
- 1 Siehe etwa *Hennerkes*, Die Familie und ihr Unternehmen, 2004, S. 58; *Weller*, ZGR 2012, 386, 393.
 - 2 Vgl. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 26 („Die Gerichtspraxis bietet zahlreiche Beispiele dafür, dass Auseinandersetzungen zwischen verfeindeten Gesellschaftern ähnlich erbittert geführt werden wie zwischen zerstrittenen Eheleuten.“); *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Gesellschaften, 2013, S. 81 f.
 - 3 Statt vieler *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (Fn. 2), S. 29 ff.; *Wedemann* (Fn. 2), S. 77 ff. Siehe aber auch noch unten III. 2. a) zur rechtstatsächlichen Verbreitung von ordentlichen Austrittsrechten.
 - 4 Näher zu Familienverfassungen aus dem deutschen Schrifttum *Baus*, Die Familienstrategie, 4. Aufl., 2013, S. 133 ff.; *Lange*, in: Röthel/K. Schmidt (Hrsg.), Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen, Bd. 1, 2013, S. 33, 37 ff.; *Wedemann* (Fn. 2), S. 94 ff. m.w.N.; aus den USA namentlich *Montemerlo/Ward*, The Family Constitution, 2005.
 - 5 Zu den Einzelheiten der Studie *Wedemann* (Fn. 2), S. 11 ff.
 - 6 *Wedemann* (Fn. 2), passim, etwa S. 209 f. („großer Nachholbedarf“), S. 351 (Vertragspraxis „zu grobteilig und lückenhaft“), S. 537 („viele Möglichkeiten der Konfliktlösung ungenutzt“).
 - 7 *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 4 f.; *Wedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. 2, 2004, S. 94 f.
 - 8 Zuletzt etwa OLG Brandenburg ZIP 2009, 1955; OLG Nürnberg DB 2008, 2415; näher dazu *Verse*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, 11. Aufl., 2012, § 29 Rn. 53 ff.
 - 9 Pointiert *Martens*, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 607, 621: „kautelarjuristischer Kunstfehler“, wenn dieser Punkt nicht gebührend bedacht wird.
 - 10 Exemplarisch *D. Mayer*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Aufl., 2012, § 20 Rn. 77; *Hauschild/Kallrath*, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 13 Rn. 270;

Stephan, in: Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 11. Aufl., 2013, Form. IX.9 § 14 Abs. 4; ferner *Wicke*, ZGR 2012, 450, 479. Die Kombination mit einer Mindestthesaurierung beugt zugleich dem (selteneren) Problem der übermäßigen Gewinnausschüttung vor; dazu *Verse* (Fn. 8), § 29 Rn. 61.

- 11 *Wedemann* (Fn. 2), S. 212.
- 12 *Priester*, ZHR 176 (2012), 268, 280 f.
- 13 Z.B. dergestalt, dass Thesaurierungen in den Tochtergesellschaften oberhalb einer bestimmten Grenze von der Zustimmung des Minderheitsgesellschafters abhängig sind.
- 14 Siehe aus der gesellschaftsrechtlichen Judikatur etwa BGH WM 1976, 1226; BGHZ 111, 224 = NJW 1990, 2625; BGH GmbHR 2007, 260; OLG Düsseldorf GmbHR 2012, 332.
- 15 § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG ist nach h.M. wegen des Sachzusammenhangs mit dem korporativen Bestellungsakt nicht anwendbar; RGZ 74, 276, 279 f.; BGHZ 18, 205, 210; BGH GmbHR 2007, 260, 262; *Hillmann*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2014, § 47 GmbHG Rn. 67 m.w.N. auch zur Gegenansicht.
- 16 Siehe etwa BGH WM 1972, 931; BGH NJW 1987, 1194; BGH GmbHR 1996, 111; OLG München BB 1997, 2341.
- 17 *Stephan* (Fn. 10), Form. IX.9 § 16; etwas detaillierter *Seibt*, in: Römermann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 2. Aufl., 2009, § 2 Rn. 318. Vereinzelt finden sich darüber hinaus Vertragsmuster, die speziell die Höhe der Vergütung der Gesellschafter-Geschäftsführer regeln; *Meister/Klöcker*, in: Heidenhain/Burckhardt (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, 7. Aufl., 2011, Form. IV.27 § 10 Abs. 2; vgl. dazu auch *Wedemann* (Fn. 2), S. 216 mit Fn. 573.
- 18 Näher *Verse* (Fn. 8), § 29 Rn. 120 f.
- 19 Siehe dazu auch die entsprechenden Überlegungen von *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535, 555, zum Schutz der Gesellschafterminderheit im Konzern.
- 20 Ähnlich *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535, 555.
- 21 BGH DStR 1994, 214.
- 22 Dies wird in den Vertragsmustern auch verschiedentlich empfohlen; siehe etwa *Meister/Klöcker* (Fn. 17), Form. IV.27 § 8 Abs. 3.
- 23 Die Abberufung aus wichtigem Grund kann nicht abbedungen werden (arg. § 38 Abs. 2 GmbHG); *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., 2013, § 6 Rn. 27.
- 24 Möglicherweise ist das einer der Gründe dafür, dass nach der eingangs erwähnten

empirischen Studie lediglich 3 % der Gesellschaftsverträge von Mehrpersonen-GmbHs derartige Sonderrechte statuieren; *Wedemann* (Fn. 2), S. 227.

- 25 *Gerber*, in: *Lorz/Pfisterer/Gerber* (Hrsg.), *Beck'sches Formularbuch zum GmbH-Recht*, 2010, Form. E. II. 1; zum Ausschluss der Rechtsnachfolge auch *Meister/Klöcker* (Fn. 17), Form. IV.27 § 8 Abs. 3; kritisch *Wedemann* (Fn. 2), S. 225 f.
- 26 *Begr. zum GmbHG*, *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags*, VIII/1 (1890/92), Nr. 660, S. 3753.
- 27 Zu diesem Befund *Wedemann* (Fn. 2), S. 13 f. m.w.N. Angesichts dieser rechtstatsächlichen Entwicklung kann man über die rechtspolitische Berechtigung des § 53 Abs. 2 GmbHG geteilter Meinung sein; siehe einerseits *Martens* (Fn. 9), S. 607, 614 f.; andererseits *Bachmann/ Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (Fn. 2), S. 39.
- 28 *Meister/Klöcker* (Fn. 17), IV.27 § 12 Abs. 2. Die eingangs angeführte empirische Untersuchung hat allerdings ergeben, dass 95 % der untersuchten Mehrpersonen-GmbH-Gesellschaftsverträge es bei der gesetzlichen Dreiviertelmehrheit belassen; *Wedemann* (Fn. 2), S. 230 f.
- 29 *Wedemann* (Fn. 2), S. 233.
- 30 *Stephan* (Fn. 10), Form. IX.9 § 11 Abs. 3 lit. b.
- 31 Rechtsvergleichender Überblick bei *Wedemann* (Fn. 2), S. 103 f.
- 32 Nach der Studie von *Wedemann* (Fn. 2), S. 20 f., sehen 88 % der untersuchten Gesellschaftsverträge von Mehrpersonen-GmbHs, die 2011 neu eingetragen wurden, eine Vinkulierung vor. Von den verbleibenden 12 % entfällt der Großteil (8 %) auf Gesellschaftsgründungen per Musterprotokoll (§ 2 Abs. 1a GmbHG). In der Zeit vor Einführung des Musterprotokolls durch das MoMiG lag der Prozentsatz der Vinkulierungen in Mehrpersonen-GmbHs noch höher (97 % nach einer Erhebung von *Bayer/Hoffmann/J. Schmidt*, *GmbHR* 2007, 953, 956).
- 33 Ausführlich zu den Vor- und Nachteilen von Vinkulierungsklauseln *Wedemann* (Fn. 2), S. 104 ff.
- 34 BGHZ 48, 163, 167; *Seibt*, in: *Scholz* (Fn. 8), § 15 Rn. 123 m.w.N.; a.A. *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 23), § 47 Rn. 90.
- 35 *Wedemann* (Fn. 2), S. 108. Ein allseitiges Zustimmungserfordernis kann entgegen OLG Hamm ZIP 2001, 1915 nicht durch Satzungsänderung mit qualifizierter Mehrheit aufgehoben werden; zutr. *Harbarth*, in: *Münchener Kommentar zum GmbHG*, Bd. 3, 2011, § 53 Rn. 126 m.w.N.; tendenziell auch BGHZ 76, 190, 195 f. = NJW 1980, 1465.
- 36 OLG Naumburg NZG 2004, 775; OLG Köln BeckRS 2005, 13618; näher zu diesem Problemkreis *Reichert*, *Liber amicorum Happ*, 2006, S. 241 ff.; *K. Schmidt*, *GmbHR* 2011, 1289, 1292 f., 1295; *Verse*, in: *Henssler/Strohn* (Fn. 15), § 15 Rn.

86 ff.; *Wedemann* (Fn. 2), S. 178 ff.

- 37 *Wicke*, ZGR 2012, 450, 472 m.w.N.; Formulierungsbeispiele bei *Haasen*, in: Lorz/Pfisterer/Gerber (Hrsg.) (Fn. 25), Form. C.I.2 § 15 Abs. 1 lit. h; *Weyland/Hoger*, in: Hopt (Hrsg.), Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht, 4. Aufl., 2013, Form. II.D.1.3. § 6 Abs. 2 lit. d.
- 38 Vgl. etwa *Stephan* (Fn. 10), Form. IX.9 § 7 Abs. 2. Dass die Vinkulierung in Zwangsvollstreckung und Insolvenz nicht greift, ist zwar umstritten, entspricht aber der h.M.; BGHZ 32, 151, 155 = NJW 1960, 1053; BGHZ 65, 22, 24 f. = NJW 1975, 1835; *Verse* (Fn. 36), § 15 GmbHG Rn. 131 f. m.w.N. zum Streitstand.
- 39 *Wedemann* (Fn. 2), S. 179.
- 40 Formulierungsvorschläge bei *Dendorfer/Krebs*, MittBayNot 2008, 85, 92; *Rombach*, in: Lorz/Pfisterer/Gerber (Hrsg.) (Fn. 25), C. II. 4.; *Seibt* (Fn. 17), § 2 Rn. 354; ausführliche Gestaltungshinweise auch bei *Töben*, RNotZ 2013, 321 ff. Zur Konkretisierung des Verfahrens kann es sich empfehlen, in der Mediationsklausel auf eine bestimmte Mediationsordnung Bezug zu nehmen; siehe etwa zur Mediationsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) *Breidenbach/Peres*, SchiedsVZ 2010, 125 ff.; *Mazza*, KSzW 2013, 126, 129 ff.
- 41 *Duve*, in: *Duve/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2003, S. 60; *Wedemann* (Fn. 2), S. 516 m.w.N.
- 42 *Risse/Wagner*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009, § 23 Rn. 25, 48, nennen als Faustregel, dass die Mediation erst ab Streitwerten oberhalb von ca. € 50.000 kostengünstiger ist.
- 43 Näher *Wedemann* (Fn. 2), S. 513 ff.
- 44 Zu den Unterschieden zwischen vertraglicher und gerichtlicher Mediation siehe *Greger*, in: *Greger/Unberath*, Mediationsgesetz, 2012, Teil 4 Rn. 79.
- 45 Der Gefahr des Zeitverlusts lässt sich allerdings dadurch begegnen, dass man die Mediationsklausel so gestaltet, dass bereits parallel zur Einleitung der Mediation ein (Schieds-) Gerichtsverfahren eingeleitet werden kann.
- 46 *Beckmann*, DStR 2007, 583, 584; *Neuenhahn*, NJW 2004, 663, 664.
- 47 *Wedemann* (Fn. 2), S. 511. Allerdings wird aus der Praxis von einer zunehmenden Nachfrage berichtet; *Wicke* ZGR 2012, 450, 481.
- 48 Siehe die Nachweise in Fn. 40; ferner *Duve*, AnwBl. 2007, 389, 393.
- 49 Arg. § 1 Abs. 3 UmwG; *Bork*, in: *Lutter/Winter* (Hrsg.), UmwG, 4. Aufl., 2009, § 14 Rn. 7.
- 50 Näher *Töben*, RNotZ 2013, 321, 336.
- 51 Siehe nur *Münch*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 3, 4. Aufl., 2013, Vor. § 1025 Rn. 64 ff.; *Raeschke-Kessler/Wiegand*, AnwBl 2007, 396 ff.; *Wedemann*

(Fn. 2), S. 522 ff.

- 52 Bei internationalen Sachverhalten kommt als weiterer Vorzug hinzu, dass Schiedssprüche in einer Reihe von ausländischen Staaten leichter vollstreckt werden können als Urteile deutscher staatlicher Gerichte; dazu *Raeschke-Kessler/Wiegand*, AnwBl 2007, 396, 398.
- 53 Ausführlicher Kostenvergleich bei *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., 2008, Rn. 4666 ff.
- 54 So die Berechnung von *Lachmann* (Fn. 53), Rn. 4704.
- 55 Nach *Wedemann* (Fn. 2), S. 523, nur in 0,5 % der untersuchten Gesellschaftsverträge von Mehrpersonen-GmbHs.
- 56 BGHZ 180, 221 = NJW 2009, 1962 m. Anm. *Duve/Keller* = JZ 2009, 794 m. Anm. *Habersack*; siehe dazu zuletzt *Bryant/Dehne*, KSzW 2013, 152 ff.; *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577 ff.
- 57 Konkret: (1) Schiedsabrede mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, (2) Möglichkeit eines jeden Gesellschafters, sich am Verfahren zumindest als Nebenintervenient zu beteiligen, (3) Möglichkeit eines jeden Gesellschafters, an der Auswahl des parteiernannten Schiedsrichters mitzuwirken, (4) Konzentration aller denselben Streitgegenstand betreffenden Klagen bei einem Schiedsgericht; BGHZ 180, 221 Rn. 20, 24 ff.
- 58 Dazu *Schwedt/Lilja/Schaper*, NZG 2009, 1281 ff.; *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577, 585. Wird die Schiedsklausel erst nachträglich in die Satzung aufgenommen, ist zu beachten, dass sie nach h.M. der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf; näher *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, Anh. § 47 Rn. 98; *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 422 f. m.w.N.; wohl auch BGHZ 180, 221 Rn. 20; dazu *Duve/Keller*, NJW 2009, 1966, 1967 unter 4.
- 59 Ganz h.M.; BGHZ 116, 359, 369 = NJW 1992, 892; *Strohn*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 2010, § 34 Rn. 102, 178 m.w.N.
- 60 So das Ergebnis der Studie von *Wedemann* (Fn. 2), S. 79 f., 472 f.
- 61 *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (Fn. 2), S. 60 f.; *Wedemann* (Fn. 2), S. 473 f.; *Weller*, ZGR 2012, 386, 407.
- 62 *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (Fn. 2), S. 61; *Wedemann* (Fn. 2), S. 477 ff.
- 63 Ob der Eintritt der Abhängigkeit auch ohne eine solche Regelung einen wichtigen Grund bildet, ist umstritten; bejahend *Strohn* (Fn. 59), § 34 Rn. 184; *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, S. 67 ff.; ablehnend aber die (wohl) h.M., siehe *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl., 2013, Anh. § 318 Rn. 21; *Verse* (Fn. 36), Anh. § 13 GmbHG Rn. 39; jeweils m.w.N.
- 64 Auch eine strenge Vinkulierungsklausel bietet den Gesellschaftern keinen

umfassenden Schutz gegenüber abhängigkeitsbegründenden Maßnahmen; sie schützt z.B. nicht vor dem Abschluss eines Stimmbindungsvertrags, der den Mitgesellschaftern zur gemeinsamen Beherrschung der Gesellschaft verhilft.

- 65 Zu dieser Streitfrage etwa *Strohn* (Fn. 59), § 34 Rn. 198 f.
- 66 Siehe dazu abermals *Wedemann* (Fn. 2), S. 483 f.: Danach fanden sich in 79 % der untersuchten Gesellschaftsverträge von Mehrpersonen-GmbHs Klauseln, die bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters eine Zwangseinziehung oder eine Ausschließung allein aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses (ohne Klageerfordernis analog § 140 HGB) ermöglichen.
- 67 Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 1292; *Strohn* (Fn. 59), § 34 Rn. 57 f., 140 ff.; kritisch *Verse*, DStR 2007, 1822 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.
- 68 Dazu statt vieler *Strohn* (Fn. 59), § 34 Rn. 226 ff.
- 69 BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 (im Anschluss vor allem an *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, 6. Aufl., 2009, § 34 Rn. 21 ff.; *Goette*, in: FS Lutter, 2000, S. 399, 410; *Strohn* [Fn. 59], § 34 Rn. 76).
- 70 Etwas anderes soll allerdings gelten, wenn bereits bei der Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem Vermögen der GmbH gezahlt werden kann. In diesem Fall soll der Einziehungsbeschluss wie nach bisheriger Rechtsprechung analog § 241 Nr. 3 AktG nichtig sein; BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 7; mit Recht kritisch dazu *Altmeyden*, ZIP 2012, 1685, 1691; *S.H. Schneider/Hoger*, NJW 2013, 502, 504; *Tröger*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Bd. 19 (im Erscheinen); zustimmend aber *J. Schmidt*, GmbHR 2013, 953, 961 f.
- 71 In BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 21 klingt sowohl der Gedanke der Treuepflicht als auch derjenige der Anwachsung an; näher dazu namentlich *Tröger* (Fn. 70); *Ulmer*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1261, 1264 ff.
- 72 Für Ersteres *Gubitz/Nikoleyczik*, NZG 2013, 727 ff.; *Schockenhoff*, NZG 2012, 449, 451 f.; für Letzteres etwa *Altmeyden*, NJW 2013, 1025, 1029; *J. Schmidt*, GmbHR 2013, 953, 957 f.; *Tröger* (Fn. 70).
- 73 Bejahend *Trölitzsch*, KSzW 2013, 55, 58. Ferner wird erwogen, dem dissentierenden Gesellschafter ein Austrittsrecht zuzuerkennen; siehe dazu *Altmeyden*, NJW 2013, 1025, 1029; *J. Schmidt*, GmbHR 2013, 953, 958; aber auch *Grunewald*, GmbHR 2012, 769, 771.
- 74 Dazu *Ulmer* (Fn. 71), S. 1261, 1271; *J. Schmidt*, GmbHR 2013, 953, 958 f.
- 75 Für Übertragbarkeit auf die Ausschließung aus wichtigem Grund *S.H. Schneider/Hoger*, NJW 2013, 502, 504 f.; *Tröger* (Fn. 70).
- 76 Zu den Spielräumen für die Satzungsgestaltung *Grunewald*, GmbHR 2012, 769,

771 f.; *J. Schmidt*, GmbHR 2013, 953, 960 f.; ausformulierte Regelungsvorschläge bei *Trölitzsch*, KSzW 2013, 55, 63 f.; *Weyland/Hoger* (Fn. 37), Form. II.D.1.3. § 6 Abs. 3.

- 77 *Wedemann* (Fn. 2), S. 355 ff., 537 ff.
- 78 *Hommelhoff*, BB 1981, 944, 953; *Wedemann* (Fn. 2), S. 427 ff.
- 79 Eingehend dazu *Wedemann* (Fn. 2), S. 366 ff.
- 80 Näher dazu *Wedemann* (Fn. 2), S. 411 ff. (dort auch eine Reihe weiterer Vorschläge zum Ausbau des dispositiven GmbH-Rechts).
- 81 Europäische Kommission, Anhang zur Mitteilung „Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung“ vom 2.10.2013, COM(2013) 685, S. 10.
- 82 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 25.6.2008, KOM(2008) 396. Da die Kommission die Schaffung eines dispositiven europäischen Innenrechts der SPE für nicht konsensfähig hielt, machte der Entwurf der SPE-VO von dem Instrument des Regelungsauftrags sehr extensiv Gebrauch (insgesamt 44 Regelungsaufträge!); kritisch dazu Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drs. 479/08 (Beschluss), S. 4; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153; *Schürnbrand*, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 2009, S. 273, 286 f. m.w.N.; gegen diese Kritik jedoch *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2009, 36, 37; *dies.*, GmbHR 2010, 337, 345.
- 83 Speziell für die Gewinnverwendung schon seit langem *Hommelhoff*, GmbHR 1979, 102, 109 ff.; *ders.*, BB 1981, 945, 953; *ders.*, in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 36, 58 f.; aus neuerer Zeit *Weller*, ZGR 2012, 386, 400 f., 408 ff. (Gewinnverwendung, Austrittsrecht); umfassend *Wedemann* (Fn. 2), S. 385 ff., 446 ff., 551, die insgesamt (sehr weitgehend) 17 Regelungsaufträge formuliert; ferner *Beier*, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 236 ff.
- 84 Bei Gründung einer Einpersonen-GmbH besteht kein Bedürfnis für zusätzliche Regelungsaufträge. Sofern aber in eine Einpersonen-GmbH nachträglich weitere Gesellschafter aufgenommen werden, müssten die Regelungsaufträge in diesem Zeitpunkt abgearbeitet werden. Zur praktischen Umsetzung *Wedemann* (Fn. 2), S. 395 ff., mit dem Vorschlag, die Eintragung der neuen Gesellschafter in die Gesellschafterliste von der Erfüllung der Regelungsaufträge abhängig zu machen.
- 85 Gegebenenfalls kann man ihn auch noch weiter dadurch abmildern, dass man Musterformulierungen (*opt-in*Regelungen) zur Verfügung stellt; dazu *Wedemann* (Fn. 2), S. 391 f.
- 86 Ausführliche Diskussion des *pro* und *contra* bei *Wedemann* (Fn. 2), S. 388 ff.
- 87 *Hommelhoff*, GmbHR 1979, 102, 109 ff.; *ders.*, BB 1981, 945, 953; *ders.*, in: Lutter/Wiedemann (Fn. 83), S. 36, 58 f.; *Beier* (Fn. 83), S. 239 ff.; *Wedemann* (Fn.

2), S. 434 ff.; *Weller*, ZGR 2012, 386, 401.

- 88 In eine ähnliche Richtung geht der Entwurf der SPE-VO (Fn. 82), Anhang I, Kapitel V, viertletzter Spiegelstrich (Regelungsauftrag zur Lösung von Interessenkonflikten).
- 89 *Wedemann* (Fn. 2), S. 438 f.; ähnlich *Beier* (Fn. 83), S. 237 ff.
- 90 Punktuell für Regelungsaufträge hinsichtlich der Mehrheitserfordernisse auch *Wedemann* (Fn. 2), S. 446 ff.
- 91 *Weller*, ZGR 2012, 386, 401, 408 ff.; *Wedemann* (Fn. 2), S. 546 f.; *Beier* (Fn. 83), S. 242.
- 92 *Wedemann* (Fn. 2), S. 433 f.; *Beier* (Fn. 83), S. 242 f.
- 93 *Wedemann* (Fn. 2), S. 549.
- 94 Das Schrifttum ist sich daher mit Recht weithin einig, dass das Musterprotokoll für Mehrpersonengesellschaften ungeeignet ist; *Münch/Komm/GmbHG/Mayer* (Fn. 59), § 2 Rn. 254; *Wicke*, in: *Scholz* (Fn. 8), § 2 Rn. 122.
- 95 Vgl. § 41d KostO; dazu *Wicke*, in: *Scholz* (Fn. 8), § 2 Rn. 120.